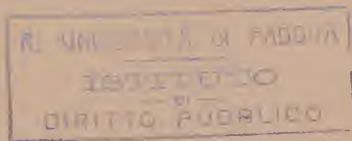
Prof. ARTURO ROCCO

LA RIPARAZIONE

ALLE VITTIME

DEGLI ERRORI GIUDIZIARI

S.B.N.
BID. PUV1054656
ORD.
INV. PRE 12961
NOTE:

URBINO
TIP. DELLA CAPPELLA PER M. ARDUINI
1902

Signore e Signori!

Gli errori giudiziari, o errori di fatto — come, nel linguaggio scientifico, vengono, più propriamente, chiamati, — sono stati sempre il tema prediletto dei filosofi, dei romanzieri, dei drammaturghi.

Non è sotto questo aspetto che io ve ne voglio e ve ne debbo discorrere. I voli lirici di una alata fantasia, le lucubrazioni filosofiche, in questa lieta solennità inaugurale, forza è che cedano il posto alla severa ed analizzatrice parola del diritto.

Io voglio dirvi soltanto degli errori giudiziari nelle loro conseguenze giuridiche, anzi, in una sola, ma forse la più importante, almeno praticamente, di queste conseguenze: la riparazione per conto e da parte dello Stato dei danni che dagli errori giudiziari derivano.

È da una triste confessione che bisogna far capo. L' errore giudiziario è un tributo che

l' umana fralezza quotidianamente paga alla natura inesorabile; e l'assoluta verità una sfinge di cui nessuno, legislatore o giudice, potrà mai vantarsi di esser l' Edipo. Non v' è forma di processo, non v' è ordinamento di giudici, non v' è sistema di prova che possa garentire l' innocenza dall' errore giudiziario. Ha le sue vittime il processo inquisitorio, per cui tanto sangue innocente ricorda sparso la storia: ne ha forse altrettante il sistema procedurale misto che fu pure un trionfo notevole della civiltà moderna sull' antica barbarie. Conta migliaia di errori il metodo delle prove legali: altrettanti ne conta, lacrimando, il sistema della certezza dell'uomo. Vi è tutta una triste processione di esempi. Nomi antichi e pure notissimi, di cui inutilmente si farebbe menzione: nomi recenti, e di cui serbiamo tuttora dolorosa memoria. È una storia vecchia e nuova sempre: la storia di tutti i giorni. Ieri — ricordate? — fu Giorgio Canzoneri la di cui innocenza, riconosciuta dopo quattordici anni, servì ad attestarci, ancora una volta, se pur ve ne fosse stato il bisogno, la fallibilità degli umani giudizi Oggi, alle Assise di Perugia, è l'epilogo lieto di quel fosco dramma giudiziario che portò prima alla ingiusta condanna di tre vittime innocenti: Valle, Benedetti e Pellegrini; poi alla condanna giusta di un

prete, forse parricida, certo calunniatore e subornatore.

Io mi sono limitato a dirvi dei casi più recenti che abbiamo avuto a deplorare in Italia: ma molti e molti altri, ugualmente pietosi e tremendi, potrei metterne innanzi, anche soltanto di quelli avvenuti in questo, ora scorso, diciannovesimo secolo. Lesurques, Sirven, Calas Pierre Vaux, la vedova Druaux, Cauvin, Dreyfus sono nomi che rimarranno tristemente famosi, in questo straziante martirologio degli errori giudiziari.

∴

Questa ineluttabile necessità dell' errore di fatto, che nessuna legge valse mai a prevenire, condusse i legislatori a studiare i mezzi di efficacemente ripararlo, una volta avvenuto. Due rimedi — supremi rimedi — suggerì la coscienza giuridica e attuarono i sistemi di legge: la revisione dei giudicati e la riparazione alle vittime degli errori giudiziari. Il nostro vigente diritto processuale penale non ci fornisce che il primo, e questo, in limiti tuttavia determinati e ristrettissimi. L' altro, non è più che una meta aspirata e non ancora raggiunta: meta radiosa di umanità, cui si affissa anelante la mente di quanti sinceramente amano il progresso delle

nostre istituzioni giuridiche. È di questo appunto, e soltanto, che intendo parlare.

∴

La questione della riparazione (taluni la dicono indennità o risarcimento, ma permettete che io la chiami diversamente), la questione della riparazione a favore delle vittime degli errori giudiziari, è questione vecchia e modernissima insieme. Nel campo scientifico, come nel campo legislativo, antiche ne sono le traccie. Lasciamo pure da parte i primi ed incerti germi dell'istituto che gli autori hanno creduto di scovare nel diritto greco, romano, germanico feudale. Il diritto giudiziario penale di quei popoli è già così lontano dal diritto giudiziario penale oggidì vigente, che sarebbe strana pretesa volerne desumere argomenti per le riforme di cui questo avrebbe bisogno; e d'altronde, si tratta di orme storiche troppo dubbie e malfide perchè si possa rilevare da esse una sicurezza, anche approssimativa. Con piena sicurezza possiamo invece affermare che l'istituto della riparazione alle vittime degli errori giudiziari si trova consacrato legislativamente nel corso del XVIII secolo. Già nel novembre del 1707, in Italia, il Duca Leopoldo di Lorena, così conosciuto per la saggezza delle sue leggi, in una sua celebre ordinanza, autorizzava i giudici a con-

dannare al risarcimento dei danni quei procuratori che avessero assunto denunciatori incogniti, notoriamente insolvibili o sospetti. Più tardi, nel 1786 il liberale Leopoldo di Toscana nell' art. 46 del suo codice penale del 30 novembre, consacrava, in una maniera che merita ancor oggi di essere meditata, il principio dell' indennità. In forza di questa legge, si potevano indennizzare tutti coloro che per circostanze fortuite o coincidenze fatali, si fossero trovati senza colpa d'alcuno, sotto il peso di una accusa criminale, e coloro che fossero stati eventualmente imprigionati e poi riconosciuti innocenti. A questo scopo era istituita una cassa speciale, sotto la direzione del presidente del buon governo del Dominio fiorentino, nella quale veniva versato l' ammontare di tutte le condanne pecuniarie. Questa istituzione passò poi nelle leggi penali per le due Sicilie del 1819. L' art 35 di questo Codice istituiva anche qui una apposita Cassa, detta *Cassa delle Ammende*, con lo scopo principale di rimettere i danni e le spese sofferte dagli innocenti perseguitati per errore o calunnia nei giudizi penali; ma sia per l' incuria dell' amministrazione, sia per l' esiguità delle risorse, il fatto è che praticamente non se ne fece nulla, e la riparazione degli errori giudiziari rimase una pura e platonica affermazione legislativa. L' idea fu ripresa

più tardi, durante l'elaborazione del nuovo Codice penale: ma anche allora, il timore di render lo Stato responsabile dell'errore e della calunnia, il pensiero della eventuale molteplicità delle domande d'indennizzo, le difficoltà finanziarie, fecero ben presto abortire la nuova proposta. Tant'è che il guardasigilli Zanardelli nella relazione al progetto del 1887, non senza rammarico, si limitava ad esprimere il voto che le future condizioni delle nostre finanze e più maturi studi sull'argomento avessero per l'avvenire a far sì che i proventi delle pene pecuniarie potessero essere devoluti all'umanissimo intento di indennizzare le vittime degli errori giudiziari e del carcere preventivo.

Anche in Francia, anzi in Francia specialmente, la questione è stata largamente e variamente discussa. Fin dal maggio 1788, Luigi XVI faceva presentare agli Stati generali dal Ministro Lamoignon un'ordinanza criminale che proponeva l'indennizzo alle vittime degli errori giudiziarii, proclamandolo: « *une dette de la justice* ». E anche durante il periodo della grande rivoluzione, negli anni 1790, 1791, 1793, un progetto di legge Duport, una discussione alla Costituente, e varii decreti speciali, vennero a tener viva la questione della riparazione. Più tardi, nel 1867, in occasione di una riforma, un nuovo tentativo fu fatto; ma ad Emilio Olivier

e Giulio Favre che domandavano l'istituzione dell'indennizzo, il guardasigilli Baroche rispondeva, con una celebre frase: « *Cela ne c'est jamais fait.* » E al relatore Rogent-Saint Laurens che domandava: « *Qui est ce qui paiera,* » il Deputato Bethmont rispondeva: « *La societé* » e l'altro, di rimando: « *Est que vous trouvez que la solidarité sociale est assez grande pour que la societé toute entière soit responsable de l'erreur judiciaire commis par le jury de la Seine?.....*

Ma io non vi tedierò più a lungo, o Signori, con questi storici ricordi. Dirò solo che presentemente la riparazione alle vittime degli errori giudiziari è sorta alla dignità di diritto costituito presso tutti quasi gli stati più progrediti.

La accolsero i cantoni della Svizzera: Ginevra, Neuchâtel, Friburgo, Appenzell, Vaud, Berna, Argovia, Ticino. L'accolsero il Portogallo, la Svezia, la Norvegia, la Danimarca, l'Austria, la Francia, il Belgio, l'Ungheria, la Germania; e, fuori d'Europa, il Messico. La riforma, come si vede, è matura, e altro non resta se non augurare all'Italia, di mettersi in rango con le consorelle più civili nazioni. Che questa speranza possa divenire realtà concreta, ci affida oggi questo significantissimo fatto; che fra i principii adottati dalla Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 per la riforma del

codice di procedura penale, sta anche quello dell'indennità alle vittime degli errori giudiziari: ed alla sottocomissione incaricata di compilare lo schema del nuovo codice, è affidato il compito di disciplinare le modalità di applicazione dell'accolto principio.

*
* *

Nel campo scientifico, naturalmente, la questione è quanto mai dibattuta. Una larga schiera di autori ha validamente sostenuto il principio dell'indennizzo, ma non manca neppure chi questo principio abbia, altrettanto validamente, combattuto. Gli è che è questo, di cui parliamo, uno dei problemi più ardui che l'odierna scienza giuridica presenti: problema in cui si intrecciano stranamente i più complessi e delicati principii del diritto pubblico e privato. Anzi, chi guardi al fondo delle cose, vedrà che l'ostinata riluttanza delle leggi moderne ad accogliere il nuovo istituto, il disaccordo notevolissimo che si riscontra fra uno ed altro modo di regolamentazione legislativa, fra quelle legislazioni medesime che nel loro seno l'accolsero, non dipende tanto dai calcoli finanziari della riforma, dai timori di contraccolpi politici, quanto e, sopratutto, dalle esitazioni di principio, dalla difficoltà di trovare un fondamento giuridico di questo obbligo dello stato, che ponga il nuovo

istituto in armonia coi principii del diritto positivo costituito e vigente, che dia pace al senso giuridico, inquieto e ricercatore, e sia come il faro destinato ad inondare di luce la speciale minuta disciplina giuridica del nostro istituto. È questo il nodo della questione, un nodo, a dir vero, tutt'altro che facile a sciogliersi. Quando noi ci troviamo in presenza del fatto brutale di un uomo che dopo essere stato accusato, imprigionato, sottoposto a istruzione, a giudizio, e magari condannato e costretto a subire una pena, vien poi dimostrato innocente, il primo moto improvviso del cuore corre diretto alla riparazione. Ma questo sentimento è nulla, e bisogna acquietarlo, perchè lasci il passo alla fredda ragione; e bisogna superare ben più di una difficoltà giuridica prima di giungere a soddisfarlo.

∴

Eccoci dunque nelle viscere del problema: la ricerca del fondamento giuridico della riparazione. E prima di tutto è necessario si designi il terreno stesso in cui la ricerca si adagia, giacchè esso va ampliato da un lato e limitato dall' altro. Da una parte, infatti, i principii ai quali bisogna, al nostro scopo, ricorrere, valgono a risolvere non solo la questione se lo Stato debba riparare i danni sofferti dall'in-

nocente *condannato* a causa della esecuzione di una condanna riconosciuta ingiusta nel posteriore giudizio di revisione, ma altresì quella, analoga e più ampia, se lo Stato debba riparare i danni sofferti dall' innocente *imputato*, sottoposto a preventiva carcerazione, e poi prosciolto in sede istruttoria o di merito. D' altra parte, poi, la ricerca del fondamento della riparazione alle vittime degli errori giudiziarii, va intesa con esclusivo riferimento a quella specie di riparazone che ha carattere *pecuniario* o *economico*, a quella cioè che consiste nel pagamento da parte dello Stato di una somma di danaro a fine di indennizzare i danni, patrimoniali o anche morali, che dall' errore derivano; e non va spinta fino a comprendere quella riparazione, di carattere tutto *morale*, che suole accompagnare, nella più parte delle legislazioni, la riparazione pecuniaria e che consiste nella pubblicità *legale* e *giudiziaria* della sentenza proclamante l' innocenza del condannato,; pubblicità offerta, a spese dello Stato alla vittima dell' errore giudiziario accertato nel giudizio di revisione.

Ho due altre indispensabili osservazioni da farvi. Trattandosi di un istituto che il vigente nostro diritto non riconosce, ma che si tratta appunto in esso di introdurre, il punto di vista da cui bisogna mettersi per intendere retta-

mente la questione del suo fondamento giuridico, è questo: dato che una legge, domani, consacrasse l' istituto giuridico della riparazione alle vittime degli errori giudiziari, come potrebbe esso, *giuridicamente* giustificarsi, in base cioè a quale principio del nostro diritto positivo? Perchè, o signori, ricercare il fondamento giuridico di un istituto non vuol dir altro che questo: vedere a quale più generale *fatto giuridico*, la legge riannoda, come a sua *causa*, una determinata conseguenza giuridica: cioè un determinato diritto e una determinata obbligazione *(rapporto giuridico)*

A) Teoria del contratto sociale e dell' obbligazione contrattuale o nascente da colpa contrattuale.

La lotta comincia anzitutto sul terreno del contratto. L' obbligo dello Stato alla riparazione dei danni derivanti dagli errori giudiziari, altro non sarebbe — per alcuni — se non un obbligo di natura contrattuale. Andando alla ricerca di un problematico *contratto sociale*, costoro credettero di potere in esso riporre l' origine della responsabilità dello Stato. In virtù del contratto sociale ogni cittadino avrebbe rinunciato, a vantaggio dello Stato, al suo individuale e naturale diritto di vendetta e di riparazione del

delitto. In cambio di questa rinunzia lo Stato si sarebbe assunto l'obbligo di procurare ai cittadini la più completa sicurezza della loro persona e dei loro beni; e ciò in modo generale, senza alcuna eccezione, tanto, cioè, nel caso in cui causa del turbamento apportato a questa sicurezza fosse il fatto del terzo, quanto in quello in cui fosse il fatto suo proprio. D'altronde, si insiste — come avrebbe potuto essere diversamente? Come avrebbe potuto il cittadino fare allo Stato il sacrificio assoluto dei suoi diritti, sotto la sola condizione che esso lo proteggesse contro gli altri cittadini, senza dargli alcuna garanzia contro se stesso nel caso in cui l'esercizio del suo formidabile potere ledesse ingiustamente la sua persona o i suoi interessi? Fra lo Stato ed il cittadino esistono dunque delle obbligazioni sinallagmatiche all'esecuzione delle quali, nessuno dei contraenti saprebbe sottrarsi. Se lo Stato è in diritto di esigere dal cittadino il rispetto del patto sociale e della legge, quest'ultimo, per contro, è ammesso a rivendicare tutti i vantaggi che questo rispetto deve assicurargli, e quando egli ne è privato altrimenti che per sua colpa, egli ha diritto alla riparazione del danno derivante da questa privazione. Così, dunque, tutte le volte che sarà stabilito che i cittadini hanno violato la legge, essi saranno, a giusto titolo, puniti e colpiti;

ma quando, al contrario, sarà dimostrato che essi l'hanno osservata, — ciò che avverrà nel caso di persecuzione e di condanna immeritata, essi saranno ammessi ad esercitare un ricorso contro questo Stato che avrà misconosciuto le sue obbligazioni a loro riguardo, ed a farsi indennizzare da lui del danno che essi avranno sofferto.

Questa teoria che fa discendere l'obbligo dello Stato a riparare i danni derivanti dagli errori giudiziari, da un rapporto contrattuale intercedente fra lo Stato e i cittadini, ha trovato avversari nel seno stesso di coloro che pur si dichiarano partigiani della teorica del contratto sociale. Si è detto che in cambio della generale protezione che accorda loro lo Stato, i cittadini hanno virtualmente sacrificato i loro diritti personali, ed hanno implicitamente rinunziato ad ogni riparazione per il caso in cui le persecuzioni ordinate e le condanne pronunziate contro di loro allo scopo di mantenere la sicurezza pubblica, li hanno lesi nei loro particolari interessi. Si è aggiunto che per essere responsabile del danno cagionato nell'esecuzione del contratto sociale, occorrerà, come per ogni altro contratto, che lo Stato, autore del danno, abbia agito con *colpa (colpa contrattuale)*, occorrerà, cioè, che si tratti di un *damnum iniuria datum*. Ma tale non è, tranne i casi eccezionali

di mala fede (dolo) o di negligenza (colpa), il danno derivante dagli eventuali errori giudiziari i quali non sono che casi fortuiti, non imputabili per conseguenza allo Stato.

Nè si può ammettere che lo Stato si sia volontariamente assunto la responsabilità degli errori accidentali, così come l'assicuratore mette a suo carico il rischio proveniente dal caso fortuito o dalla forza maggiore, perchè, lo Stato non può essersi obbligato a dare più di ciò che può dare, e il contratto sociale intervenuto in queste condizioni fra Stato e cittadini dovette necessariamente stipularsi con le ridotte garanzie che poteva offrire, date le cause di errore a cui lo Stato è, come ogni altra persona, soggetto.

Noi non seguiremo fautori e avversari della teorica che fa dell' obbligo alla riparazione un obbligo contrattuale o derivante dalla colpa contrattuale, — su questo incerto e barcollante terreno del contratto sociale. Fortunatamente per noi, questa famosa e fantastica dottrina del contratto sociale e del diritto naturale, con tutti i malefici e i benefici effetti che ha tratto con sè, ha descritto oggidì l' intera sua parabola e può dirsi quasi completamente tramontata. Essa non è più che una ipotesi metafisica che l' indirizzo positivo, cui le odierne scienze giuridiche si ispirano, ha oggi, appunto perchè

tale, definitivamente ed inesorabilmente condannata. La dottrina che tenta di dare alla riparazione una base contrattualistica, porta seco il peccato originario ed imperdonabile di questo metafisico pregiudizio.

B) Teoria della pubblica utilità e della obbligazione quasi contrattuale.

Ma respinti sul terreno del contratto, i fautori dell' indennità non si danno per vinti e corrono a trincerarsi sotto un nuovo principio: il principio che lo Stato è tenuto ad indennizzare il singolo cittadino dei sacrifici che gli impone nell' interesse di tutti. Questo principio, si dice, è ammesso in numerosissime disposizioni delle nostre leggi. Così quando lo Stato, la provincia, il comune hanno bisogno, per l' esecuzione di pubblici lavori, di occupare momentaneamente una proprietà o di spogliare irrevocabilmente colui a cui appartiene, si corrisponde al danneggiato una giusta indennità a titolo di occupazione temporanea o di espropriazione per causa di pubblica utilità. È ugualmente così che, quando, in caso di guerra, lo Stato impone ai cittadini requisizioni forzose per nutrire ed alloggiare l'esercito, per provvederlo di materiali e di cavalli, il privato ha diritto ad una congrua indennità per il danno da esso sofferto. Così pure nel

caso di evizione di una locazione, l' industriale o il commerciante a detrimento del quale essa è stata praticata, ha diritto di essere indennizzato.

Così, infine, il perito, cui è commesso di portare il suo concorso ad una informazione criminale; il testimonio, che è richiesto di andare a deporre dinanzi ai tribunali penali; il giurato, che la sorte ha designato per sedere alle assise, ricevono una indennità. Questa indennità è più o meno considerevole, poco importa; è fuori di dubbio che essa è conforme a giustizia. Accordandola in questi casi diversi, la nostra legislazione si è ispirata a questa idea, veramente di equità, che il sacrificio imposto nell' interesse generale non cessa di dar luogo ad una indennità a profitto dei cittadini, che quando esso colpisce l' universalità dei cittadini senza eccezione. Avviene così, per esempio, del servizio militare che pesa, in modo permanente, su tutti i membri dello Stato nelle condizioni fissate dalla legge. Ma quando un male accidentale è stato cagionato dallo Stato nell' interesse pubblico a certe persone determinate, quando alcuni individui soli sono lesi dai provvedimenti presi allo scopo di assicurare la sicurezza di tutti, sarebbe l' ultima delle ingiustizie rifiutar loro la riparazione del danno che questi provvedimenti hanno fatto loro soffrire.

La prima obiezione che si può opporre a questa teoria è quella di essere affetta da una insanabile petizione di principio. Dire, come dai fautori di essa si dice, che non deve il privato sopportare, esso solo, l' effetto dannoso di una attività che lo Stato ha spiegato nell' interesse generale, altro non è che ripetere, generalizzando, l' assunto che si vuol dimostrare. Poichè, per la natura stessa e pei fini dello Stato, ogni attività dello Stato si spiega nel pubblico interesse, quello che si tratta appunto di sapere è *perchè*, quando questa attività porti seco una conseguenza dannosa per un singolo cittadino, lo Stato sia tenuto a risarcirlo del danno sopportato La teoria in parola non lo dice : e non ci da la ragione dell' obbligo dello Stato. Il fondamento giuridico dell' obbligo al risarcimento, resta dunque ancora a sapersi. Sarà esso il fatto lecito e volontario, sarà l'ingiusta invasione nella sfera degli altrui diritti, noi non vogliamo per ora indagarlo: certo è che la teorica in questione è muta al riguardo, e ad altro non si riduce, se non ad una inutile tautologia.

Ma dove la dottrina in parola assume una forma più concreta e determinata, e suscettiva, quindi, di critica valutazione, è dove si afferma applicabile, senz'altro, allo Stato, nel caso che ci occupa, la massima di diritto privato: *nemo*

locupletior fieri potest cum alterius jactura. Questo particolar modo di concepire l'interesse generale, come un vantaggio, un lucro dello Stato, non è evidentemente che una applicazione del principio della utilità come fonte di rapporti giuridici privati. Esso viene a dare così all'obbligo dello Stato di risarcire i danni provenienti dagli errori giudiziari un fondamento giuridico di diritto privato, e precisamente, un fondamento *quasi contrattuale.* Lo Stato, sarebbe obbligato al risarcimento per l'utilità, che avrebbe tratto ingiustamente dal danno altrui: particolare specie della famiglia dei quasi contratti. Ma anche volendo essere larghi di discrezione verso questa dottrina, non è possibile dissimularsi i gravi equivoci in cui essa si involge. Sia pure che si voglia intendere il concetto di utilità nel senso più ampio, e cioè, non solo come un semplice *arricchimento*, come una utilità *patrimoniale* e *privata*, bensì anche per la natura stessa della persona Stato, cui quel concetto va riferito, come una utilità *morale* e *pubblica.* Certo è tuttavia che ci vuole uno sforzo a capire dove mai si ritrovi questa pretesa utilità dello Stato. L'utilità, il vantaggio, l'interesse per lo Stato, sarebbe, per caso, quello che gli deriva dalla persecuzione e dalla condanna dell'innocente? No, di certo; sarebbe un ben strano modo, codesto, di intendere l'interesse generale.

Perchè se sociale e pubblico è l'interesse che sta a base del diritto soggettivo di punire dello Stato, non meno sociale e pubblico è l'interesse che sta a base del diritto soggettivo di libertà del cittadino. E non si dica che non si tratta dell'utilità del caso concreto, chè, anzi, l'errore giudiziario è svantaggioso allo Stato come al cittadino, ma dell'utilità, dell'interesse repressivo che lo Stato genericamente e prescindendo dal singolo caso, soddisfa con l'amministrare la giustizia penale. Già, come in appresso vedremo, neppure è vero che amministrando la giustizia penale lo Stato soddisfi in genere un interesse suo proprio, e procuri a se stesso una utilità, perchè egli agisce *de damno vitando* e non *de lucro captando*; ma poi l'utilità che dà luogo al risarcimento, è quella che vien tratta dal danno altrui; e il danno del cittadino, è proprio quello che è prodotto dall'errore giudiziario, dall'erronea persecuzione e condanna di lui, innocente. D'altronde, perchè azione di risarcimento vi sia non basta neppure quella effettiva utilità, che manca nel caso in questione, ma è necessario, altresì, che questa utilità sia *illegittimamente* cioè, *senza diritto*, acquistata. Ma lo Stato, quando, come potere esecutivo, esercita l'azione penale; quando, come potere giudiziario, esplica la giurisdizione penale usa di *un suo diritto*, cioè quello di *tutelare*

l'ordine giuridico pubblico interno, e quindi non può *violare il diritto* di nessun cittadino, perchè *qui suo jure utitur neminem ledit*. Se commette un errore, se perseguita e condanna un innocente, potrà recargli un *danno*, questo sì, ma mai un danno *illegittimo* ed *ingiurioso*. Io non esaminerò a lungo tutti gli esempi che dai fautori della teorica in questione si adducono come altrettanti casi di applicazione del principio da essi invocato come base dell'obbligo dello Stato alla riparazione. Già non è questa più che una sterile analogia; ma facile riesce, ad ogni modo, provare che anche l'invocata analogia non sussiste. In tutti i casi nei quali lo Stato paga una indennità, questa indennità non è il compenso del sacrifizio, cioè, dell'osservanza dell'obbligo che lo Stato, in virtù del suo diritto di imperio, impone al cittadino nel pubblico interesse. Essa è invece il corrispettivo di una prestazione del cittadino. Così, nel caso tipico dell'espropriazione, il diritto di imperio dello Stato sul cittadino, allo scopo di tutelare l'interesse pubblico, si esaurisce tutto nella dichiarazione di pubblica utilità e nella costrizione ad alienare ciò, il cui acquisto fu dichiarato di pubblica utilità: per questo lo Stato nessun compenso deve al cittadino; e sarebbe strano che lo dovesse. L'indennità non è che il prezzo della alienazione forzosa, dovuto al proprie-

tario in controprestazione della cosa alienata; prezzo che non deve esser pagato se non da colui che riceve la cosa, il quale può essere, ma può anche non essere lo Stato, bensì la Provincia, il Comune, e fin anche il privato.

Lo stesso si dica delle requisizioni forzose imposte ai cittadini in caso di guerra, che sono anche casi di alienazione coatta in cui il sacrifizio imposto dallo Stato, senza consenso, s' intende, al cittadino, sta pure nella coercizione ad alienare le cose che si requisiscono, mentre l'indennità non è che il corrispettivo del nutrimento dato, dell'alloggio prestato, dei materiali e dei cavalli forniti, e via dicendo.

E così pure dell' indennità data ai testimoni ai giurati, che altro non costituisce, se non il rimborso delle spese da essi incontrate nella prestazione d' opera che essi fanno allo Stato, e non già il corrispettivo di questa prestazione per sua natura essenzialmente gratuita ed obbligatoria.

Tutti gli esempi che si potrebbero, all'uopo, citare, cadono sotto questa regola generale; così quella messa innanzi della evizione di una locazione da parte dello Stato in cui l' indennità è il corrispettivo non della evizione, ma della cosa evitta. Così quelli, non peranco citati, dell' indennità che il Comune paga ai proprietari di case, delle quali per evitare i progressi di un

incendio, si è ordinata la demolizione; ai proprietari di bestiami stati uccisi perchè sospetti di malattie contagiose, o ai proprietari di oggetti stati distrutti come infetti in caso di epidemia contagiosa. Così l'indennità che lo Stato paga alle famiglie dei richiamati in servizio militare, per il tempo in cui dura il servizio ecc. ecc.

In tutti questi casi, vi è, sì, un diritto all'indennità o, per dir meglio, un diritto al risarcimento del danno; diritto di natura *privatistica*, derivante da un rapporto quasi - contrattuale (art. 1140 Cod. civile) e fondato sulla massima: *nemo locupletior fieri potest cum alterius iactura*; e questo diritto spetta, secondo i casi, allo Stato, al Comune, al privato, insomma a quel subbietto di diritti patrimoniali privati, che, ha come tale, ricavato un vantaggio dall' altrui danno patrimoniale; giacchè altrimenti questo vantaggio, rispetto a lui, parrebbe ingiustamente acquistato.

Ma, nel caso dell' errore giudiziario, la cosa è diversa. Qui non vi è vantaggio, non vi è guadagno, non vi è utilità per nessuno. Non per il cittadino, che è stato vittima innocente di un ingiusta carcerazione preventiva o di un ingiusta condanna. Non per lo Stato, sotto la cui autorità si amministrò l'ingiustizia in luogo della giustizia, e si fece scempio dei diritti dei citta-

dini, che egli stesso consacra; e neppure per il magistrato, che un disgraziato concorso di circostanze condusse, in buona fede, ad un errore involontario e fortuito. — Qui non vi è stato per tutti altro che danno, e lacrimevole pregiudizio. Come, da chi, a che titolo, si pretenderebbe un risarcimento?

C) Teoria della colpa extra-contrattuale o aquiliana.

Procediamo; ed ecco una nuova teoria che si fa innanzi; teoria la più antica di tutte, in ordine cronologico, ma di cui ci è parso di dover parlare soltanto adesso, sia per la necessità logica dell' esposizione e sia perchè essa può vestire forme tutte recenti. Anche quì è nel diritto scritto per i privati che si vuol trovare il fondamento giuridico dell' obbligo dello Stato alla riparazione degli errori giudiziari. Per i fautori di questa teorica, lo Stato sarebbe responsabile in virtù del diritto comune, e precisamente, degli articoli 1151 e seguenti del Codice civile. Si tratterebbe, cioè, nient' altro che di una obbligazione giuridica extra-contrattuale, derivante dal fatto illecito, cioè dal delitto o dal quasi delitto civile. Per il diritto privato comune (art. 1151 e seg. cod. civ. it., 1382 e seg. *cod. civ.*) ogni persona che reca danno ad altri è

tenuta a risarcire il danno che ha cagionato. Lo Stato non saprebbe, esso solo, sfuggire a questo precetto generale giuridico.

E qui bisogna andare adagio e star cauti prima di procedere innanzi.

Si dice che si tratta di una obbligazione derivante dalla colpa extra-contrattuale o aquiliana, cioè dal fatto illecito, dalla ingiuria, sia poi essa *dolosa (delitto)* o *colposa (quasi delitto)*. E sta bene. Ma di quale? Di quella nascente dal fatto proprio, di cui parlasi agli articoli 1151 e 1152 del Codice Civile; o di quella nascente dal fatto altrui, di cui parla l'art. 1153 dello dello stesso Codice? Vediamo: L'art. 1151 stabilisce: « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno ». E l'art. 1152 spiega: « Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza ed imprudenza. » Qui si comprende la responsabilità *pel fatto illecito proprio* o responsabilità *diretta*. Si può parlare di questa quanto allo Stato? Se ne potrebbe dubitare. Perchè alcuno infatti sia responsabile del *danno* derivante dal fatto proprio, e perciò giuridicamente *obbligato* al *risarcimento*, due condizioni sono necessarie secondo la legge: *a)* che si tratti di un fatto *imputabile*; *b)* che si tratti di un fatto *illecito*. Pre-

scindendo un momento dal secondo requisito, di cui avremo occasione di discorrere appresso, fermiamoci al primo. — La legge vuole dunque, perchè nasca dal fatto proprio l' obbligo di risarcire il danno, che si tratti di un fatto *imputabile*; e questo carattere implica che si verifichino tre rapporti di *causalità* fra il fatto e l' autore del fatto:

a) una causalità *fisica*, in quanto egli sia l' autore materiale del fatto;

b) una *causalità psichica*, in quanto egli ne sia, a dir così, autore morale, cioè abbia *voluto* direttamente il fatto *(dolo)* o abbia voluto la causa del fatto e ne abbia previsto l'effetto; *(colpa)*

c) una causalità giuridica in quanto se ne possa considerare giuridicamente l'autore perchè la legge gli conferisca la capacità di giuridicamente obbligarsi per fatto ingiurioso. — Ora che lo Stato sia capace di giuridicamente obbligarsi per l'ingiusta lesione dell' altrui diritto, non si può dubitare, ma quanto a dire che lo Stato possa essere autore materiale o morale del fatto *illecito*, la cosa è diversa, perchè lo Stato, non ha, come gli individui, capacità di fisicamente agire e di moralmente volere. Esso non è un subietto fisico di diritto, ma semplicemente una *persona giuridica*, e mentre è discutibile assai se le persone giuridiche abbiano una intima propria capacità di volere, è poi fuori

di ogni possibile discussione la loro fisica incapacità di compiere azioni e omissioni.

A rigore, dunque, una responsabilità dello Stato, come di ogni altra persona giuridica, pel fatto illecito proprio, nel senso degli art. 1151 e 1152 del Codice Civile, non si potrebbe dare. Si potrà dare una responsabilità indiretta o per fatto altrui? L' art. 1153, che di questa responsabilità si occupa, dice che « ciascuno parimenti è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere...»; ma scendendo all'enumerazione tassativa dei casi in cui si risponde del fatto altrui, non comprende quello della responsabilità dello Stato pel fatto dei suoi funzionari. Si potrà questa responsabilità far rientrare in alcuna delle ipotesi fissate dalla legge? Lo si è tentato dicendo che la responsabilità del danno cagionato dai funzionari, risale allo Stato a titolo di responsabilità indiretta del committente pel fatto del proprio commesso (art. 1153 alinea 3). Questa opinione dà per dimostrato un principio che è ben lungi dall' essere tale e cioè che fra Stato e funzionario interceda un rapporto giuridico in tutto simile al rapporto giuridico privato che passa fra committente e commesso. Ma anche volendo concedere che tale sia la natura del rapporto fra Stato e funzionario, non sarebbe

ancora spianata ogni difficoltà ad ammettere una responsabilità indiretta dello Stato. Infatti anche la cosidetta responsabilità per fatto altrui dell' art. 1153 non si riduce, in sostanza, che ad una responsabilità per fatto proprio; non è che la responsabilità del *fatto proprio* fondata su *colpa presunta*. Tutte le considerazioni innanzi esposte contro la possibilità di una responsabilità dello Stato per fatto illecito proprio si potrebbero riprodurre dunque a proposito della responsabilità dello Stato per fatto illecito altrui.

Da ciò che si è detto si potrebbe senz' altro concludere alla irresponsabilità dello Stato per fatto illecito, sia esso delitto o quasi delitto, e respingere così, senz' altro, la teoria che fonda appunto sulla colpa extracontrattuale l' obbligo dello Stato a riparare il danno prodotto dall'errore giudiziario. Ma noi vogliamo prescindere da queste considerazioni, diremo quasi, pregiudiziali; e poichè la dottrina classica della colpa extracontrattuale in questi ultimi tempi, è stata completamente rimaneggiata da parte così dei cultori del diritto privato che da quelli del diritto pubblico amministrativo — e da questa elaborazione è uscita quasi come trasformata e rinnovellata; così, e non per altro, non sarà male esaminare fino a che punto questa dottrina, così ammodernata, possa valere a dare una base al-

l'obbligo dello Stato di riparare il danno cagionato alle vittime degli errori giudiziari.

E qui anzitutto bisogna richiamare l'ipotesi a proposito della quale si pone il problema della responsabililà extracontrattuale, diretta o indiretta, delle persone giuridiche in genere e dello Stato in particolare. — Lo Stato, *persona giuridica* non può, al pari di ogni altra persona giuridica, *agire* e *volere* se non per mezzo di persone fisiche. Ammettendo pure nello Stato la capacità di avere una *volontà* propria, distinta dalla *volontà* di coloro che agiscono per lui, è certo che la manifestazione, almeno, di questa volontà, non può essere fatta che da persone fisiche per suo conto e in suo nome. Così lo Stato, nella esplicazione del potere giudiziario, agisce per mezzo di funzionari dell'ordine giudiziario, magistrati giudicanti e ufficiali del pubblico ministero. Ora può avvenire che il fatto del funzionario rechi al privato un danno patrimoniale. Se questo fatto è compiuto rimanendo il funzionario nei limiti del pubblico incarico, avremo l'ipotesi della *responsabilità diretta* dello Stato, o responsabilità *per fatto proprio*. Se, invece, il fatto del funzionario viene compiuto oltrepassando i limiti del pubblico incarico, avremo allora la figura della *responsabilità diretta* del funzionario e la questione della *responsabilità indiretta* dello

Stato o responsabilità dello Stato *per fatto altrui.*

a) Responsabilità diretta dello Stato.

Guardiamo anzitutto all'ipotesi della *responsabilità diretta* dello Stato: cioè a quella in cui, pur non facendosi questione di una trasgressione imputabile al funzionario, si verifichi tuttavia un danno patrimoniale che il privato ha sofferto per causa dello Stato, il quale, spiegando l'attività propria per il raggiungimento dei suoi fini, produsse quel danno. È questa proprio l'ipotesi per la quale il problema della riparazione degli errori giudiziari specialmente si pone, essendo il caso dell'errore fortuito la regola, mentre l'errore dovuto alla colpa del magistrato non è che l'eccezione.

Ora, così intesa, può dirsi che esista una responsabilità diretta dello Stato per l'errore giudiziario? La soluzione di questa questione dipende dalla soluzione di un problema più ampio che in sè la comprende: quello della responsabilità diretta dello Stato in genere: problema che è fra i più difficili e controversi della scienza del diritto pubblico. Noi non abbiamo certamente a rifare qui la teorica della responsabilità diretta dello Stato, ciò che sarebbe perfettamente estraneo al compito nostro. Ci basterà solo ricordare quel tanto che è necessario alla risolu-

zione della questione che ci occupa. E anzitutto si deve notare che manca assolutamente un testo di legge positivo che fissi in modo chiaro ed esplicito la responsabilità diretta dello Stato: sicchè anche qui è necessario ricorrere al diritto comune e ai principi generali del diritto così privato che pubblico. Gli autori che di proposito hanno studiato la questione non hanno adottato tutti la stessa soluzione; ma, delle due opinioni poste innanzi, la migliore e più accreditata sembra essere quella che distingue secondochè il danno del privato è arrecato dallo Stato in quanto agisce come *subbietto di diritti patrimoniali*, come una *persona giuridica di diritto privato (fisco)* o in quanto agisce come *subietto di diritti pubblici*, come *persona giuridica di diritto pubblico*, e rivestita quindi di *sovranità*. Solo nel primo caso lo Stato rientra completamente nella grande orbita del diritto comune, e può, nel modo stesso che un ente privato, essere responsabile del danno patrimoniale arrecato al privato. Ma nel secondo caso, no: qui non si può assolutamente parlare di una responsabilità dello Stato: perchè non è ammissibile che da un fatto compiuto nell' esercizio del suo potere sovrano, da un fatto messo in opera come subietto di diritti pubblici, possa nascere per lo Stato un obbligo giuridico di diritto privato al risarcimento del danno. Ora, tale è appunto il

caso del danno arrecato dallo Stato al privato innocente a causa dell' errore giudiziario. Sia che si tratti di una indebita persecuzione e carcerazione preventiva, sia che si tratti di una ingiusta condanna, qui si ha sempre l' intervento dello Stato come potere sovrano, come subbietto di diritti pubblici. Nel primo caso, di fronte al cittadino, lo Stato si presenta come rivestito del suo potere esecutivo, che in quanto veglia alla tutela penale dell' ordine giuridico pubblico interno, è potere sovrano. Nel secondo caso, lo Stato esplica la sua funzione giurisdizionale penale che è anch' essa, anzi essa specialmente, funzione sovrana; esercita, un potere, il potere giudiziario, che è compreso nella sovranità dello Stato, quanto vi è compreso il potere legislativo e più ancora di quel che vi sia compreso il potere esecutivo. In nessun modo, quindi, si potrebbe, vantare un diritto, si potrebbe essere ammessi ad esperire una azione di risarcimento contro lo Stato a causa di un fatto dannoso compiuto nell' esercizio del suo potere sovrano di esercitare azioni e di rendere condanne penali: nel modo stesso con cui non si potrebbe far valere un diritto al risarcimento del danno sofferto a causa di un atto legislativo, di un atto di governo, di un fatto di guerra. Lo Stato non saprebbe essere responsabile del danno prodotto dall' errore for-

tuito del giudice e del pubblico ministero, più di quello che può esserlo degli errori accidentalmente incorsi nella confezione della legge penale. S'invoca l'art. 1151 del Codice Civile. Ma l'art. 1151 non rende responsabile del danno nè obbliga al risarcimento se non colui che sia in colpa; ed in questo concetto di colpa due condizioni sono implicitamente contenute: in primo luogo che si tratti di un danno ingiuriosamente verificatosi, di un *damnum injuria datum*, come i Romani dicevano: e in secondo luogo che questo danno sia il prodotto del *dolo* o della *colpa* del suo autore cioè che sia stato in se stesso voluto o voluto nella sua causa e in se stesso previsto. Ma nell'ipotesi da noi proposta, di un errore giudiziario non imputabile al magistrato, lo Stato pur danneggiando il privato, non si può dire che fosse in colpa. Anzi, abbiamo qui tutti gli elementi che escludono, appunto, la nozione di colpa. Non volontà del fatto dannoso in se stesso, nè negligenza od imprevidenza nel calcolare le conseguenze dannose di un fatto per se voluto, perchè lo Stato, agendo nella tutela dell'ordine giuridico, agì *necessariamente*, per le necessità impostagli dal fine stesso cui è naturalmente ordinato. Non fatto ingiurioso, cioè contrario al diritto, perchè lo Stato tutelando con la pena l'ordine giuridico, esercita un suo diritto ed un suo dovere ad un tempo, e *nemo damnum fa-*

cit nisi qui, id facit, quod facere ius non habet. Ora poichè, nell' ipotesi data, non v'è colpa dello Stato pel danno recato al privato dalla ingiusta persecuzione o condanna, non si può ritenere che lo Stato sia direttamente responsabile di questo danno e perciò giuridicamente obbligato al risarcimento di esso, a termine del diritto comune.

B) — Responsabilità indiretta dello Stato

Ma se non direttamente responsabile del danno recato al privato con l' errore giudiziario, potrà, almeno, lo Stato contrarre per esso una *responsabilità indiretta?* È già nota l'ipotesi a proposito della quale il problema della responsabilità indiretta si pone. La resposabilità del danno commesso dal funzionario, nel caso nostro, dal magistrato, trasgredendo i proprii doveri, risale allo Stato a titolo di responsabilità indiretta del committente per il fatto dei propri commessi? Prima di esaminare la questione, e per evitare ogni confusione, bisogna precisare i limiti dell' argomento.

L' art. 1153 alinea 3°. del Codice civile che parla della responsabilità indiretta del committente pel danno cagionato dal proprio commesso, nell' esercizio delle incombenze alle quali lo ha destinato, presuppone di necessità che il

fatto del commesso, da cui è derivato il danno e del quale il committente deve rispondere sia un fatto *illecito, delitto o quasi delitto* (art. 1151 e 1152); sicchè condizione necessaria della responsabilità *indiretta* è la responsabilità *diretta* di coloro del cui fatto dannoso indirettamente si risponde. Se non che, nella questione di cui ci occupiamo, il fatto illecito del quale lo Stato sarebbe chiamato indirettamente a rispondere, è il fatto illecito del magistrato, giudice o ufficiale del pubblico Ministero. Ora per le autorità giudiziarie e per gli ufficiali del pubblico ministero, i principii che regolano la loro responsabilità civile diretta, non sono quelli degli articoli 1151 e 1152 del codice civile. Vi è qui un diritto speciale che costituisce un' eccezione alla regola del diritto comune che chiama ciascuno, privato o pubblico funzionario che non sia il magistrato, a rispondere non solo del danno, arrecato col proprio dolo, ma altresì del danno arrecato con la propria colpa, cioè con la propria negligenza o imprudenza. Si è qui voluto evitare che la parte lesa dalla sentenza, dall' ordinanza, dal decreto o in genere da un provvedimento del magistrato, attribuisse in ogni caso il suo danno alla colpa per negligenza o imperizia del magistrato stesso; e perciò si è ridotta la responsabilità civile a casi eccezionali e tassativamente determinati

dalla legge negli articoli 783 e seguenti del Codice di procedura civile.

Ivi è infatti stabilito che le autorità giudiziarie e gli ufficiali del Ministero pubblico sono civilmente responsabili solo quando, nell'esercizio delle loro funzioni, siano imputabili di dolo, frode o concussione; o quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti, o tralascino di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in istato di essere decisi. Come si vede, la *colpa*, anche *lata*, non dà luogo ad azione civile di risarcimento contro il magistrato e l'ipotesi del *quasi delitto* non è per esso configurabile. È dunque soltanto in questo caso, cioè che il magistrato, giudice o ufficiale del pubblico ministero, sia in *dolo*, che si può parlare di responsabilità civile *indiretta* dello Stato: perchè è soltanto nel caso di un fatto illecito doloso, cioè di un delitto civile, che si può parlare di responsabilità *diretta* del magistrato; ma non nel caso che il fatto dannoso sia dovuto alla *colpa* del magistrato, perchè questo fatto, almeno per lui, non è giuridicamente illecito e non dà luogo ad alcuna responsabilità. Si dirà: ma allora, in questo caso, chi risponderà del danno? Il magistrato, no, perchè egli non è tenuto che per il dolo: Lo Stato, direttamente? Nemmeno; perchè il magistrato che per ne-

gligenza o imperizia commette un errore giudiziario, non si può dire che rimanga nei limiti del pubblico incarico: funzione del magistrato non è già infatti di applicare purchessia, la legge, ma di applicarla in modo vero e giusto, e legale; e compito suo è quello di amministrar la giustizia, non l' ingiustizia. Nel caso dunque di errore dovuto alla colpa del magistrato, non può farsi questione di responsabilità civile del magistrato; di responsabilità civile, diretta o indiretta, dello Stato. Solo nel caso che l' errore sia dovuto al dolo, sorge pertanto la figura della responsabilità *diretta* del magistrato, e perciò la questione, se lo Stato ne sia *indirettamente* responsabile.

E questa questione è, anch'essa, una delle più controverse: più controversa ancora, se è possibile, di quella della responsabilità diretta dello Stato. A noi non corre l' obbligo, è bene avvertirlo subito anche qui, di rifarne per conto nostro la trattazione. Ma anche volendo limitare il nostro cómpito al solo riferimento delle teoriche escogitate in proposito, ed alla loro applicazione al caso che particolarmente ci interessa, possiamo senza esitazione affermare che la conclusione, a cui si deve necessariamente pervenire, è quella di negare in modo assoluto qualsiasi responsabilità *indiretta* dello Stato per il danno proveniente da un *volontario* errore del magistrato.

Ed in vero le teoriche che in proposito della responsabilità indiretta dello Stato furono messe innanzi dagli autori, benchè variamente discordanti fra di loro, si possono ricondurre a tre grandi categorie: *a) Nessuna responsabilità in nessun caso. b) Responsabilità in tutti i casi come regola generale. c) Distinzione dei casi in cui lo Stato è o non è responsabile.*

a) La prima teoria — quella che nega in ogni caso la responsabilità indiretta dello Stato — è la dottrina adottata dai Regalisti; e noi non ci fermeremo ad esaminarla, non solo perchè, data questa teoria come vera, essa conduce appunto a negare senz' altro la responsabilità indiretta dello Stato per gli errori dovuti alla mala fede dei magistrati, ma altresì perchè, come fu giustamente notato, nessuno oggi giorno propugna più la dottrina della irresponsabilità assoluta dello Stato per le colpe dei funzionari pubblici senza sottoporla ad eccezioni così radicali che finiscono per togliere alla irresponsabilità il carattere di regola generale ed assoluta.

c) Più degna di considerazione è, invece, la teorica di coloro che propugnano la responsabilità indiretta dello Stato in tutti i casi, come regola generale. A dir vero i sostenitori di tale teorica non sono tutti concordi nell' assegnare un fondamento a questa assoluta responsabilità dello Stato. Vi è chi la fonda sulla dottrina del

mandato; chi argomenta dai principii del diritto pubblico interno e ricorre al concetto della necessità della sudditanza; chi deduce la responsabilità dello Stato da una mancanza ai doveri che lo legano verso i sudditi; chi invoca la tacita garanzia del governo per gli atti dei propri ufficiali; e chi, infine, parte dal concetto che gli atti dei pubblici funzionari debbono riguardarsi come atti dello Stato medesimo, essendo costoro *organi*, piuttosto che *rappresentanti* dello Stato.

Il tempo ha fatto rapidamente giustizia di queste dottrine nessuna delle quali serve a risolvere il grave problema. Non la dottrina del mandato, perchè gli eccessi e gli abusi del mandatario, non obbligano il mandante, e tali sono indubbiamente le colpe dei pubblici funzionari, anche data come vera, il che non è, l'ipotesi del mandato. Non le dottrine fondate sui principi del diritto pubblico interno, quali la sudditanza necessaria, la mancanza ai doveri verso i sudditi, la supposta garanzia tacita del Governo, perchè esse, se servono a spiegare la natura dei rapporti che corrono fra Stato e pubblici funzionari, non valgono a risolvere la questione della responsabilità civile dello Stato per il fatto illecito dei funzionari stessi, questione che va decisa necessariamente coi criteri del diritto privato attuale, sui quali soltanto un

obbligo al sisarcimento, sia pure da parte dello Stato, può essere fondato. E neppure infine la dottrina della confusione dello Stato nelle persone dei suoi funzionari, perchè sembra a noi che essa altro non faccia che spostare la questione delle responsabilità indiretta dello Stato facendola cadere in quella della responsabilità *diretta*, di cui abbiamo poc' anzi visto come non possa al caso nostro applicarsi.

Altri autori che sostengono la teoria della responsabilità civile indiretta dello Stato per le colpe dei funzionari enunciano il principio in modo fidamente generico, senza darvi una base teorica, e applicandolo per lo più a casi particolari, per i quali il principio della responsabilità è vero, senza che si debba con ciò concludere che sia vero sempre ed in tutti i casi; e di questi non abbiamo, quindi, ragione di occuparci. Vogliamo invece accennare ad un'altra teorica sostenitrice della responsabilità indiretta *assoluta* dello Stato, perchè in essa si potrebbe trovare un appiglio a sostenere la responsabilità civile indiretta dello Stato stesso per gli errori dei magistrati. Questa teoria è stata di recente ed in modo acuto e nuovo esposta dal prof. *Chironi*, il quale non si è peritato di affermare, in modo categorico: « *la responsabilità dello Stato (committente) per il danno recato da colpa imputabile ai suoi funzionari (commessi) in que-*

sta qualità e nell' esercizio delle loro funzioni, purchè per legge non sia stabilita la loro responsabilità personale. Il *Chironi* comincia col premettere che la responsabilità dell' articolo 1153 *terzo capoverso* del Codice Civile a carico dei padroni e dei committenti per il fatto dei loro domestici e commessi, non ha lo stesso fondamento giuridico della responsabilità che la legge, nello stesso art. 1153, addossa al padre e alla madre, ai tutori, ai precettori e agli artigiani per il fatto dei loro rispettivi figli minori, amministrati, allievi e apprendenti. — Questo fondamento, cioè, non è la *colpa*, reale o presunta, *in eligendo o in vigilando*, ma la *rappresentanza*: i padroni e i committenti, cioè, sono responsabili dei fatti dei loro domestici e commessi perchè questi, nell'esercizio delle incombenze loro affidate, li rappresentano; onde tutto ciò che da questi è fatto nella loro qualità di rappresentanti, giuridicamente si considera come fatto da quelli. Se così non fosse, egli aggiunge, se cioè la responsabilità, in questo caso fosse fondata, come negli altri, sulla cattiva scelta o sulla cattiva vigilanza, mal si spiegherebbe perchè la legge, all' ultimo capoverso dell' art. 1153, mentre ammette i genitori, i tutori i precettori e gli artigiani a provare di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili, e li esonera, a prova riu-

scita, da ogni responsabilità, non avesse ad ammettere altresì a tal prova liberatoria, i padroni ed i committenti. Poichè non si può ammettere che la legge sia incorsa in una erronea omissione; poichè si tratta nel caso di una enumerazione tassativa e non suscettibile di estensiva interpretazione, bisogna concludere: in primo luogo (e su ciò non vi è senza controversia) che un padrone o committente non può essere ammesso a provare di avere usato, nella scelta o nella vigilanza del proprio domestico o commesso, tutte le possibili precauzioni atte ad impedire il fatto di cui deve rispondere; e in secondo luogo, e per logica conseguenza, che il fondamento della responsabilità civile dei padroni e dei committenti non è come per gli altri, la *culpa in eligendo o in vigilando*, bensì un fondamento giuridico diverso, e precisamente: la rappresentanza. Il dire, come da alcuni si dice, che in questo caso, la negligenza nella scelta o nella vigilanza si presume *iuris et de iure*, e che, perciò, non si ammette la prova contraria, è un distruggere la teoria, dappoichè è un assurdo fondare l'azione sulla colpa, e lasciarla sussistere anche quando questa colpa non si verifichi.

Fondata così la responsabilità del committente pel fatto del proprio commesso, non più sulla colpa, ma sulla *rappresentanza*; ritenuto il *con-*

cetto della rappresentanza come la funzione per la quale una persona *(rappresentante)* operando a nome e nell'interesse di un altro *(rappresentato)* lo rende soggetto dei negozi posti in essere da lei nelle sua qualità di rappresentante, e il suo *effetto* riposto in ciò che gli atti *(leciti o illeciti) compiuti dal rappresentante in questa qualità* si presumono posti direttamente in essere dal rappresentato a cui nome e nel cui interesse ebbero luogo; ammessa la *personalità giuridica* dello Stato e la necessità di persone fisiche che esercitino i diritti di cui esso è subietto; ritenuta, infine, in queste persone la qualità di veri e propri *rappresentanti* della persona giuridica Stato, i quali, in quanto operano in questa qualità e dentro i limiti delle loro incombenze, obbligano la persona giuridica: il *Chironi* ne conclude, appunto, che lo Stato, committente, è responsabile per il danno recato da colpa imputabile ai suoi funzionari, commessi, in questa qualità e nell'esercizio delle loro funzioni.

Se non che, ammesso anche tutto ciò che forma il presupposto della conclusione del Chironi; non ne viene di conseguenza che lo Stato debba esser chiamato indirettamente responsabile del fatto illecito, doloso o colposo, dei funzionari in genere e del fatto illecito doloso dei magistrati in particolare. Nel concetto del Chironi, il fatto illecito e dannoso compiuto dal

funzionario (commesso) dello Stato (committente) (art. 1153 n. 3) in questa qualità e nell' esercizio delle sue funzioni, per il concetto e l' effetto stesso della rappresentanza, non è *fatto altrui* (art. 1153) cioè fatto del funzionario, ma *fatto proprio*, cioè (art. 1151) fatto dello Stato; e la colpa del funzionario è colpa dello Stato. Egli, quindi, non parla e non può parlare di *responsabilità indiretta* dello Stato, che suppone la responsabilità *diretta* del funzionario, ma addirittura di *responsabilità diretta* dello Stato, di responsabilità dello Stato per fatto proprio; ed è in questo caso che ammette la responsabilità dello Stato assoluta, in tutti i casi, come regola generale. Ma una responsabilità diretta dello Stato, assoluta, in tutti i casi, come regola generale, l'abbiamo già visto non si può ammettere, e nessuno, infatti, l' ammette. Tutti sono, invece, d' accordo nel ritenere che si debba distinguere secondochè il fatto dannoso (che si ritiene proprio dello Stato perchè commesso dal funzionario nell' esecuzione fedele del pubblico incarico) sia dallo Stato compiuto nella sua qualità di subietto di diritti privati (*fisco*) o nella sua qualità di subietto di diritti pubblici (*sovrano*) e si debba nell' un caso ammettere, nell' altro negare la responsabilità, civile *diretta* dello Stato. Il *Chironi* vorrebbe diversamente, perchè lo Stato, ente astratto, non può agire che con l'o-

R. UNIVERSITÀ di PADOVA
ISTITUTO
DI
DIRITTO PUBBL C

pera altrui, cioè, dei funzionari i quali per ciò diventano suoi rappresentanti o commessi. Ma si può facilmente rispondere che quel che si tratta appunto di dimostrare è che i funzionari rivestono sempre la qualità di *rappresentanti o commessi* dello Stato. Ora che i funzionari, quando sono chiamati ad esercitare i *diritti privati patrimoniali* di cui lo Stato come *fisco* è subietto, agiscano come rappresentanti o commessi di esso, si può ammettere; ma quello che non si può assolutamente ammettere è che possano dirsi tali, quando sono chiamati ad esercitare i *diritti subbiettivi pubblici* di cui lo Stato, come sovrano, è soggetto: i diritti di supremazia dello Stato. Per lo meno, si tratta di una *rappresentanza*, molto *sui generis*, di una rappresentanza di *diritto pubblico*, che sfugge per conseguenza alle disposizioni del Codice civile che riguardano la rappresentanza o commissione di diritto privato e a cui indubbiamente si riferisce l'art. 1153 n. 3. D' altronde, il principio della responsabilità dello Stato in tutti i casi per la colpa del funzionario non è, neppure per il *Chironi*, così assoluto come potrebbe sembrare. Egli infatti si affretta a porre la limitazione che lo Stato non è responsabile quando vi sia una disposizione di legge che sottoponga il pubblico funzionario a responsabilità personale. E si capisce il perchè. Poichè per il Chironi la respon-

sabilità dello Stato (*committente*) pel danno dovuto alla colpa del funzionario (*commesso*) è responsabilità *diretta* dello Stato, e non del funzionario, s' intende bene che quando una esplicita disposizione di legge chiami il funzionario a rispondere personalmente per fatto proprio, debba venir meno la responsabilità dello Stato, per la contradizione stessa che non consente che uno stesso fatto sia considerato ad un tempo *proprio* dello Stato e del funzionario, e dia luogo così a due distinte responsabilità *dirette*. Ora è appunto questo il caso che particolarmente ci riguarda. Per i magistrati, giudici e ufficiali del pubblico ministero, l' abbiamo veduto, una espressa disposizione di legge, l'art. 783 del Codice di procedura civile, esplicitamente stabilisce la loro responsabilità personale: non si può dunque, neppure per il Chironi, parlare di responsabilità dello Stato per gli errori dovuti al dolo dei magistrati.

c) Resta l' ultima teoria: quella che distingue i casi in cui lo Stato è, da quelli in cui non è, *indirettamente* responsabile. È questa la dottrina che accoglie il maggior numero di fautori: dottrina intermedia, fra il sistema dell'irresponsabilità e quella della responsabilità assoluta, e di cui, per lo stesso suo medio carattere, già si è tentati di dire che contiene la verità. Certo, anche qui, i criteri della distinzione non sono

dappertutto gli stessi; ma chi ben guardi attraverso alla fluttuante diversità di opinioni, facilmente riconoscerà che la massima parte degli autori si trovano anche qui d'accordo su questo punto; di escludere, cioè, la responsabilità civile indiretta dello Stato per tutti quegli atti, sia pure dannosi sia pure dolosamente o colposamente commessi dai pubblici funzionari, che lo Stato, e il funzionario per esso, compie come *subbietto di diritti soggettivi pubblici*, come *persona giuridica di diritto pubblico*, insomma, come *sovrano*, e di ammetterla invece per tutti quegli atti che lo Stato, e il funzionario per esso, compie come *subietto di diritto patrimoniale privato*, come *persona giuridica di diritto privato*, come *fisco*. Ma questa distinzione, applicata alla questione che ci interessa: quella: se esiste una responsabilità *indiretta* dello Stato per gli errori scienti e volontari del magistrato — deve necessariamente portarci ad una conclusione recisamente negativa; così come la medesima distinzione applicata alla questione della responsabilità diretta dello Stato per gli accidentali errori giudiziari, già ci portò a negare codesta forma di responsabilità. E la ragione è evidente O che si tratti di un innocente indebitamente imputato e sottoposto a preventiva carcerazione; o che si tratti di un innocente ingiustamente condannato, sempre è vero che lo Stato, nel

nostro caso, non agisce già come subietto di diritti privati, ma come subbietto di diritti pubblici; non già come un ente morale qualsiasi, una qualsiasi persona giuridica di diritto privato ma come persona giuridica di diritto pubblico, rivestita di sovranità e di autorità; non *iure gestionis*, ma *iure imperii*. Nel primo caso egli esplica il suo potere esecutivo che è potere sovrano in quanto veglia alla tutela dell' ordine pubblico interno; nel secondo il suo potere giudiziario, la sua funzione penale giurisdizionale che è una delle più alte espressioni della sovranità. Anche dunque nel caso che l'ingiusta persecuzione o condanna sia l' effetto del dolo o della corruzione del magistrato, lo Stato non saprebbe essere chiamato in via civile a rispondere *indirettamente* del fatto illecito del magistrato. Vi è la responsabilità civile del magistrato; vi è l'azione personale contro di lui che la legge di procedura civile concede (articolo 783 e seg.), ma tranne questo mezzo che la legge offre al privato danneggiato dalla volontariamente erronea sentenza, nessun diritto, inteso al risarcimento, ed esperimentabile per via di azione, può farsi valere. Lo Stato non può dai privati cittadini essere chiamato dinanzi ai Tribunali civili, per gli errori, anche volontari, dei suoi magistrati; come non può essere citato dinanzi all' autorità giudiziaria per rispondere

civilmente degli errori, anche volontari, incorsi nella formazione delle leggi; come non può soffrire il sindacato della autorità giudiziaria per le colpe dei propri ufficiali nell'esercizio degli atti di governo intesi alla tutela dell'ordine, della sicurezza e del benessere pubblico; come, infine non può essere chiamato a risarcire i danni recati ai privati cittadini dalla guerra.

Non vale mettere innanzi l'art. 1153 N. 3 che chiama a rispondere il committente del fatto illecito del proprio commesso. La responsabilità di cui è parola, almeno secondo la comune dottrina, si fonda sulla *culpa in eligendo o in vigilando*; il committente, cioè, è responsabile del fatto illecito del commesso a cagione del fatto illecito proprio, che è quello di non aver usata la necessaria diligenza nello sceglierlo e nel vegilarlo; e questa negligenza, questa colpa, la legge la presume *iuris et de iure*, in modo assoluto senza possibilità di prova contraria. Ma la responsabilità civile dello Stato per il fatto illecito doloso dei suoi magistrati, non si può fondare sulla colpa, presunta, per giunta, in modo assoluto; e non si può fondare per molte ragioni. Anzitutto lo Stato quando prepone i magistrati all'esercizio della funzione giudiziaria, li prepone in modo, per lui, *necessario*, dappoichè, senza di essi, egli non potrebbe esercitare quella funzione; e di un fatto imposto dalla

necessità non si può essere responsabile. In secondo luogo, poi, lo Stato, nella scelta dei magistrati, procede con la scorta di leggi e regolamenti che assicurano per quanto è possibile la capacità dei magistrati scelti; adempiuta la garanzia che la legge richiede, lo Stato è obbligato ad assumere al suo servizio quei cittadini che hanno data la richiesta prova di capacità: non lo si può, quindi, chiamare responsabile di una eventuale cattiva scelta.

Ma si obietta; il dire che la preposizione è necessaria, è un argomento che prova troppo, perchè non solo lo Stato, ma anche tutti gli altri enti morali di natura affatto privata, sono costretti ad agire per mezzo di preposti eppure si ammette che anche su quelli gravi la responsabilità indiretta. Che se poi vogliamo andare a cercare la vera ragione per cui le persone giuridiche private si ritengono in genere responsabili per il fatto dei loro agenti, quantunque necessariamente costretti a servirsi dell'opera loro, dobbiamo risalire ad una questione più alta: a quella del fondamento stesso della responsabilità indiretta per diritto comune; e ci convinceremo che essa non è punto, come da alcuni si dice, la *colpa* del committente nella scelta del suo istituito. Così il diritto comune ritiene le persone giuridiche tutte, ed anche lo Stato, obbligate per responsabilità indiretta, quan-

tunque per esse la preposizione sia necessaria e così resta privo di ogni valore l'argomento dedotto dalla garanzia di cui lo Stato si circonda per la buona scelta dei magistrati.

Se non che, anche volendo prescindere, dal classico fondamento della colpa per quello che riguarda la responsabilità indiretta delle persone giuridiche in genere e dello Stato in ispecie pel fatto dei loro agenti, non pare che si possa, ad ogni modo, giungere alla conclusione della responsabilità indiretta dello Stato per i volontari errori dei magistrati. E invero, tolto pur via questo vecchio fondamento della colpa è indubitato che se ne debba sostituire un altro. Quale è, questo fondamento nuovo della responsabilità indiretta delle persone giuridiche in genere e dello Stato in particolare?

Il *Chironi*, lo abbiamo visto, dice che è il rapporto di *commissione* o di *rappresentanza*. Ma — a parte la considerazione che per tal modo la questione non è *risolta*, ma semplicemente *spostata*, perchè si riduce la responsabilità *indiretta* dello Stato ad un caso di responsabilità *diretta*, — resta sempre a vedere se il magistrato, giudice o ufficiale del pubblico ministero, nell'esercizio della funzione giurisdizionale o persecutiva penale, agisca proprio di fronte allo Stato come agisce un *commesso* di fronte a un *committente* o quanto meno come agisce un *rappresentante* di

un ente giuridico privato, di fronte alla persona giuridica di diritto privato. Ora niente induce a credere che fra i rapporti giuridici in questione vi sia una vera ed assoluta identità, e tutto anzi fa supporre che fra di essi non corra più che una pallida e remota analogia. Tanto meno si potrà credere col *Mencci* che la responsabilità indiretta dello Stato possa fondarsi sopra il criterio dell' *istitoria* romana, perchè male ci si può rassegnare a vedere fra lo Stato e il pubblico ufficiale, e nel caso nostro, il magistrato, correre il medesimo rapporto che correva fra il *proponente* e l'*istitore* del diritto romano, e d'altronde, l'art. 1153 al 3 non parla che di commessi e committenti, non di proponente e istitore.

Recentemente l'*Orlando*, ha proposto una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità indiretta per diritto comune al fine, appunto di porre una costruzione teorica della responsabilità indiretta dello Stato : teoria di cui non sarà inopportuno far cenno appunto perchè in essa potrebbe trovarsi un addentellato per sostenere una vera e propria responsabilità civile indiretta dello Stato per gli errori volontari dai magistrati. L'*Orlando*, dunque, esclude che la colpa, vera o presunta, si consideri come elemento della responsabilità indiretta sancita dall' art. 1153 a carico dei committenti; esclude altresì che questa responsabilità si fondi su di

una vera e propria rappresentanza, e sostituisce a tutto ciò un nuovo criterio per cui, chiunque, persona fisica o morale, ai fini della esistenza propria, crede di servirsi dell'opera di agenti, fa ciò a proprio rischio e pericolo, e risponde quindi dei danni dai propri commessi cagionati, nulla importando che abbia usato maggiore o minore diligenza nella scelta.

Dato questo criterio, diremo, della volontaria assunzione del rischio e pericolo nell'esercizio diretto o indiretto di una impresa qualsiasi, astrazion fatta della colpa — l'*Orlando* scende a parlare della responsabilità indiretta dallo Stato. E comincia col premettere che, dato anche il nuovo criterio, non si viene con ciò a scuotere il vecchio canone fondamentale che è insieme di diritto e di equità per cui la forza maggiore, la necessità imprescindibile di compiere una determinata azione, si considera come escludente ogni responsabilità (anche per colpa) per avventura connessa con tale azione.

Applicando poi queste considerazioni all'azione dello Stato, egli osserva, che se è irrilevante la considerazione che la preposizione è necessaria, importa però assai considerare se sia o no per lo Stato necessario l'assumere quei servigi che alla loro volta richiedono necessariamente la preposizione di impiegati. E si dovrà allora convenire, egli dice, che vi è una

grande sfera di servizi pubblici in rapporto ai quali lo Stato non ha alcuna libertà di scelta: *esso deve necessariamente assumerli.* E questa la caratteristica saliente di quella grande sfera di attività dello Stato che è la tutela giuridica dei consociati (attività giuridica). Non è attività *volontaria* quella che spiega lo Stato per mantenere il diritto, l'ordine, la sicurezza interna ed esterna, ma il conseguimento di tali fini è allo Stato imposto dalla ineluttabile necessità di tutelare l'interesse proprio che è poi il presupposto immancabile del diritto stesso. Questo carattere di *necessità* si riscontra, adunque, non solo nella causa immediata del danno, ma in quella remota e originaria, cioè, in quella attività di cui il danno è conseguenza. Se dunque qui non abbiamo nè libertà di determinazione, per quanto riguarda l' assunzione del servizio, nè libertà nel preporvi i funzionari, bisogna ritenere che in questi casi lo Stato non sia responsabile per il fatto di questi agenti. — Per tutto ciò che riguarda invece l'attività sociale dello Stato, nulla importando se essa abbia per fine l'interesse generale o soltanto il vantaggio patrimoniale dello Stato, l'Orlando ammette la responsabilità indiretta dello Stato, appunto perchè caratteristica dell' attività sociale, è la piena libertà nello Stato di assumere o non assumere quei determinati servigi: manca quindi in essa l'ele-

mento per cui si possa esonerare lo Stato dalla responsabilità per fatto dei suoi agenti.

Qualunque sia di fronte al diritto costituito, qualunque di fronte al diritto costituendo il valore della teorica dell'Orlando sul fondamento giuridico della responsabilità civile indiretta dei committenti pel fatto dei loro commessi, noi non abbiamo bisogno di occuparcene adesso, anche perchè, su questo concetto, avremo fra breve occasione di ritornare. Una sola cosa ci importa, al nostro scopo, notare; ed è che, dato pure anche qui come vero tutto ciò che forma il presupposto della dottrina dell' *Orlando* in quel punto che riguarda la responsabilità indiretta dello Stato, non ne viene di conseguenza che si debba ammettere una tale responsabilità dello Stato per gli errori volontariamente incorsi dai magistrati penali nell' esercizio della loro funzione di giustizia. L' *Orlando*, infatti, esclude che lo Stato possa chiamarsi responsabile dei danni recati da colpa imputabile ai funzionari nell' attività cosidetta giuridica cioè nell'attività dello Stato che riguarda la tutela giuridica dei consociati. Ma l' attività giuridica dello Stato, non sta tutta nella attività giuridica *amministrativa*, di cui parla l'*Orlando*, in contrapposto alla *attività amministrativa* cosidetta *sociale*, perchè la *tutela* del diritto fra i consociati è un fine che presiede a tutta la attività dello

Stato e un fine che lo Stato si propone di raggiungere, non solo con gli istituti giuridici di diritto amministrativo, ma altresì con gli istituti giuridici di diritto penale, e di diritto giudiziario civile e penale. Sicchè l'attività che lo Stato — *potere esecutivo*, esercita per mezzo degli ufficiali del pubblico ministero, intentando azioni e promuovendo processi penali; quella che lo Stato, potere giudiziario, esercita per mezzo dei suoi giudici, rendendo sentenze penali, è indubbiamente una parte della sua attività giuridica, è attività diretta allo scopo di tutelare il diritto tra i consociati, onde in essa lo Stato non può incorrere in nessuna responsabilità civile, non può contrarre nessun obbligo giuridico di risarcimento pel fatto dei suoi magistrati, ove pure questa attività, per volontà dei magistrati stessi, sia riuscita dannosa al privato. La teoria dell' *Orlando*, non mena dunque a conseguenze giuridiche diverse, almeno per ciò che riguarda la responsabilità civile indiretta dello Stato per le volontarie ingiustizie dei magistrati; la quale va, quindi, in qualsiasi modo ed assolutamente negata.

Possiamo dunque concludere che nel sistema vigente del diritto privato comune, positivamente costituito, una responsabilità civile dello Stato, diretta o indiretta, per gli errori, necessari o volontari, dei giudici e dei funzionari del pubblico

Ministero, non si può ammettere e non esiste. Chi afferma il contrario dell'obbligo allo scopo di dare la colpa aquiliana come base giuridica dello Stato alla riparazione dei danni provenienti dagli errori giudiziari, dissimula evidentemente a se stesso, che se tale fosse il fondamento dell'obbligo in parola, noi potremmo oggi ancora, e senza bisogno di una nuova legge che venisse a confermare quest'obbligo, convenire lo Stato dinanzi ai magistrati civili pretendendo da lui il risarcimento dei danni recati dagli errori, o almeno dagli errori volontari, dei magistrati: diritto, codesto, che mai nessun attore fece valere in giudizio e mai nessun giudice ha dichiarato e sanzionato con la autorità del suo giudicato!

Ma i fautori della riparazione alle vittime degli errori giudiziari concepita con un vero e proprio obbligo giuridico dello Stato derivante dalla colpa extracontrattuale o aquiliana, battuti sulla via maestra che ad essa direttamente conduce, tentano di riguadagnare per altre vie la posizione perduta. Non sarà male esaminare questi espedienti strategici di dialettica giuridica, per vedere come e quanto essi possano condurre allo scopo al quale son destinati.

a) Uno di questi espedienti è quello della *colpa dello Stato legalmente presunta*. Vi sono, si premette, al di fuori degli articoli 1151 e 1153 del Codice civile, dei casi in cui, in virtù di di-

sposizioni speciali di legge, una persona diviene responsabile non per il proprio fatto, ma per l'altrui. Esempi: la responsabilità civile che la legge vendemmiaia anno IV e la legge municipale francese 5 aprile 1884 (art. 106, 107 e 108) addonano ai comuni relativamente ai delitti commessi a viva forza sul loro territorio da attruppamenti e riunioni armate o non armate, sia contro le persone, sia contro il patrimonio; la responsabilità civile che leggi francesi addossano alle amministrazioni delle ferrovie o di certe fabbriche relativamente agli accidenti di cui sono vittime i viaggiatori e gli operai; la responsabilità civile degli osti ed albergatori relativamente al furto o al danno arrecato agli effetti del viandante nel caso che il furto sia stato commesso o che il danno sia stato arrecato dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi o da estranei che li frequentano (art. 1867 cod. civ. it.); la responsabilità, del tutto simile a quella degli albergatori, alla quale sono sottoposti i vettori per terra o per acqua, quanto alla custodia o conservazione delle cose loro affidate (art. 1629 cod. civ, it.); la responsabilità degli imprenditori, per l'opera delle persone che hanno impiegato (art. 1644 codi civ. Ital.). È su questa medesima base, si dice, che si può fondare il diritto alla riparazione degli errori giudiziari. Ma niente sarebbe meno giustificato di questa

pretesa. Le responsabilità di cui si parla in tutte codeste speciali disposizioni di legge sono al pari di quelle dell'art. 1153 del Codice Civile, responsabilità indirette o per fatto altrui, ma tutte, così quelle dell'art. 1153 che quelle degli altri articoli del Codice Civile e delle leggi speciali, sono applicazioni particolari di un principio generale che presiede a ogni responsabilità per fatto altrui. Questo principio non può essere che o la *culpa in eligendo o in vigilando* presunta *iuris tantum o iuris et de iure;* o l' assunzione del rischio e pericolo dell'impresa. Ma del fondamento della responsabilità indiretta per diritto comune già ci siamo occupati e abbiamo visto come, quale che sia la teoria che si voglia adottare, questo fondamento non può servire di base ad un obbligo dello Stato di risarcire i danni degli errori giudiziari, neppure quando sian dovuti al dolo dei magistrati

Ma, si dice, (e qui è il vero punto della obbiezione) non vi è verso di presumere, con altrettanta ragione, la colpa dello Stato relativamante agli errori giudiziari ? Se un errore è commesso; se un uomo è a torto perseguitato, arrestato, condannato, indubbiamente, una colpa ci deve essere; dove, non importa, ma ci deve essere : sarà un vizio nelle istituzioni, una inavvertenza nella loro applicazione, insomma, una taccia imputabile a quelli che hanno organizzato

le leggi penali, di procedura, di ordinamento giudiziario, a quelli che le mettono in pratica, cioè ai magistrati: sempre sta che vi è colpa in un organo della volontà dello Stato; dunque, nello Stato.

Questo concetto, in sostanza, non fa che ridurre la responsabilità *indiretta* dello Stato per le colpe dei suoi agenti del potere legislativo o giudiziario, ad una responsabilità diretta dello Stato medesimo, considerando il fatto illecito degli organi dello Stato come fatto illecito dello Stato, non diversamente da quello che abbiamo visto sostenuto anche dal *Chironi*; con questo in più, che qui la *colpa* dello Stato che dà luogo alla responsabilità diretta verrebbe ad essere presunta dalla legge in modo assoluto, *iuris et de iure*, senza possibilità di prova contraria. Si otterrebbe così l'effetto pratico di dispensare da ogni prova di esistenza di una colpa da parte dello Stato la vittima dell'errore giudiziario; la quale basterebbe così che provasse il danno per essere ammesso a vantare un diritto al risarcimento. Ma, è facile vederlo, questo concetto di una presunzione legale di colpa, nel caso di errore giudiziario, non è assolutamente applicabile. La presunzione legale altro non è che una conseguenza che la legge deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto (art. 1349 e 1350 C. civ). Qui il fatto noto sarebbe l'errore giudi-

ziario: il fatto ignoto, dalla cui prova si dispensa la vittima in virtù della presunzione, la colpa dello Stato; la conseguenza: il risarcimento del danno. E sta bene. Ma perchè la legge da un fatto noto deduca una conseguenza per risalire ad un fatto ignoto, perchè cioè elevi una presunzione, occorre che fra il fatto noto e l'ignoto corra un normale e costante *rapporto di probabilità*, logicamente o matematicamente accertata: di tal che, quello esistendo, tutto induca naturalmente a credere che esista anche questo. Ma un simile stato di cose è ben lungi dal verificarsi nell'ipotesi di un ingiusta persecuzione o condanna. Qui non si può affermare che fra l'errore giudiziario e la colpa dello Stato esista un normale e costante rapporto di probabilità. Si può infatti seriamente e serenamente dire, senza timore di offendere il vero, che ogni qualvolta vi è un errore che conduce ad una ingiusta persecuzione o condanna, vi è pure, con tutta probabilità, una colpa dello Stato, o che è lo stesso, degli organi dello Stato? Ci sembra enorme affermarlo. Lo abbiamo già detto: spesso, troppo spesso per nostra sventura, le migliori leggi, i magistrati più chiaroveggenti, urtano contro una specie di fatalità, contro un concorso disgraziato di circostanze che sconcerta tutte le previsioni umane. È il caso fortuito: nessuno può essere responsabile del caso fortuito. Si vuol

con una menzognera presunzione legale di colpa, rendere lo Stato responsabile, quando, — ed è il fatto di tutti i giorni, colpa dello Stato non v'è, ma vi è, invece, un inimputabile caso? La pretesa presunzione, dunque, non è una presunzione, perchè non ha per base nessun calcolo di probabilità, nessuna ipotesi logica di verità, ma una vera e propria *finzione giuridica*, da null'altro determinata che da una molto discutibile ragione di convenienza e di opportunità, da un pensiero di esagerato umanitarismo. Chi può sentirsi di elevare, sulla base di questa giuridica finzione, un diritto verso lo Stato al risarcimento di un danno che lo Stato stesso, non solo non volle e non cagionò per sua colpa, ma che egli stesso deplora come suo danno, perchè contrario all'interesse sociale generale che egli rappresenta? La presunzione legale, è bene ricordarlo, non può dare per giuridicamente provato ciò che naturalmente e giuridicamente non potrebbe dimostrarsi; e così è appunto della colpa dello Stato nella maggior parte degli errori giudiziari, perchè, nella maggior parte dei casi, questa colpa, non c'è. Che se anche una negligenza dello Stato si volesse contro il vero presumere, che è quanto dire fingere, resterebbe sempre a spiegarsi, come un fatto — la persecuzione o la condanna — che, sia pure socialmente ingiusto, perchè dannoso ad un innocente, è un fatto giuridicamente

lecito, perchè costituente l'esercizio di un diritto di supremazia dello Stato, possa, da un momento all'altro, divenire illecito e ingiurioso e contrario al diritto, in virtù, sempre, di questa miracolosa quanto arbitraria presunzione di colpa.

Ma può replicarsi: è appunto del caso che si vuol chiamare lo Stato a rispondere, per mezzo di una presunzione di colpa; è appunto di un fatto, in se *lecito* come, nel suo effetto, involontario e fortuito, che la legge deve render lo Stato responsabile, quando da questo fatto sia derivato un danno al privato; e ciò presumendo in lui la colpa, non semplicemente *iuris tantum* ma assolutamente, *iuris et de iure*, senza possibilità di prova contraria. E sia pure: ma allora è una nuova teoria che si affaccia: quella della responsabilità senza colpa e non si può, col mezzo di questa portentosa presunzione, fondare l'azione di risarcimento sulla colpa e lasciarla sussistere, anche quando questa colpa non sussiste. Si dovrà trovare un nuovo fondamendo di questa responsabilità dello Stato, per esempio, il rischio professionale, di cui avremo fra poco ad occuparci; ma la colpa, presunta o non presunta, no, perchè non spiega nulla e non serve allo scopo. Se no, tanto vale il rinunziar a qualsiasi teoria e dire che la responsabilità dello Stato per gli errori giudiziari e giuridica-

mente fondata perchè.... è giuridicamente fondata!

b) Un altro espediente è quello, — già da noi esaminato e valutato a parte, ma che torna di nuovo a far capolino a proposito della responsabilità extracontrattuale dello Stato, — secondo il quale non può sembrar dubbio che un privato non debba sopportare esso solo l'effetto dannoso di una attività che lo Stato ha spiegato nell'interesse generale. Lo Stato, si dice, è *direttamente* responsabile, in via extracontrattuale, del danno derivante dall'errore giudiziario, e perciò giuridicamente obbligato a risarcirlo, perchè, sebbene egli non sia in colpa, sebbene si tratti di un danno *involontariamente* e *giuridicamente* dato, tuttavia, l'attività per se lecita dal cui esercizio il danno derivò, è spiegata nell'interesse di tutti, e non deve il singolo sopportare le conseguenze dannose di una funzione esercitata nel vantaggio di tutti. La società perciò, e per essa lo Stato, deve rispondere del danno; *aequum enim est cuius participavit lucrum participet et damnum.*

Noi non ripeteremo qui quanto già altrove abbiamo detto a proposito di questo criterio assunto come base di una responsabilità *quasi-contrattuale*. Una cosa sola dobbiamo osservare: che, assunto come base di una responsabilità extracontrattuale diretta dello Stato, questo cri-

terio non serve meglio, anzi serve peggio, allo scopo, perchè non è più un *criterio giuridico*, ma un *criterio di equità*. Che su questo principio possa il diritto avvenire fondare la responsabilità diretta dello Stato, si potrà anche ammettere, quantunque se ne possa dubitare; ma non è questa, ad ogni modo, la questione che noi dobbiamo risolvere. Noi ricerchiamo il fondamento giuridico dell' obbligo dello Stato e questo non ci può esser dato da un criterio di equità, ma deve esserci dato da un criterio di diritto, e non da un criterio di diritto futuro, ma da un criterio di diritto attuale. Ora l' unico testo positivo a cui, in mancanza di altro, si possa ricorrere è l' articolo 1151 del Codice Civile; e abbiamo già visto come, nei termini in esso fissati, una responsabilità diretta dello Stato non si possa dare e non ci sia, appunto perchè lo Stato non è in *colpa* quando, nell'esercizio della sua funzione di perseguire e condannare i rei, perseguita invece o condanna un innocente.

Ma — si dice — funzione dello Stato è appunto di perseguire e condannare i rei, cioè i veri colpevoli: ma se lo Stato perseguita o condanna un innocente, sia pure che l'errore non provenga nè dalla sua volontà nè dalla sua negligenza, egli non esercita più legittimamente la sua funzione, anzi, esce dei limiti legittimi di questa funzione, e quindi è in colpa. Lo Stato

è dunque responsabile del danno cagionato nell'esercizio della funzione persecutiva e giudiziaria penale, perchè questa non è stata eseguita in modo da soddisfare interamente la legge, mentre, se così fosse stata eseguita, non avrebbe nociuto a nessuno. Avremo or ora occasione di ritornare su questo punto, e vedremo come questa obiezione sia più apparente che reale; ma, anche senza incorrere in inutili ripetizioni, possiamo anticipare qualche cosa su quello che poi si dirà. Che lo Stato quando perseguita o condanna un innocente commetta una azione *ingiusta*, nessuno può dubitare, ma che commetta una azione *illecita*, *ingiuriosa*, *contraria al diritto*, è cosa che malamente si potrebbe affermare. — Vedremo or ora le differenza che corre fra questi due concetti. Ma intanto possiamo mantener fermo che poichè lo Stato intentando azioni e rendendo condanne penali esercita un suo diritto, egli non può uscir fuori dalla legge e violare i diritti dei privati cittadini, quando pure, erroneamente perseguitando o condannando, abbia ingiustamente recato un danno ad una vittima innocente. Egli dunque non è, neppure allora, in colpa, e perciò non può essere obbligato al risarcimento di questo danno

Ma si dice ancora. Sia pure che nel nostro diritto non si possa dare responsabilità diretta

senza colpa, sia pure che lo Stato non si possa dire in colpa quando per opera dei suoi organi commette un errore giudiziario. Ma tutto, s'immagina, non sarà per il meglio nel migliore dei mondi possibili, perciò solo che nel nostro diritto noi abbiamo l'irresponsabilità dello Stato per gli atti sovrani di giustizia. La questione è precisamente di vedere se non convenga di apportare eccezioni alla rigorosità di questo principio; se non sia desiderabile che la legislazione sia per questa parte riveduta o, per dir meglio, che sia colmato il difetto o la lacuna che in essa si trovano, proclamando il principio che un solo privato non deve soffrire un danno patrimoniale per un fatto di cui l'interesse comune si avvantaggia. Si guardi che il principio della irresponsabilità diretta dello Stato non è già un principio universale, un principio di diritto pubblico generale europeo, e può ben darsi che non sia pienamente soddisfacente, dal momento che vi sono delle altre nazioni che vivono (almeno nel campo del nostro studio) sotto l'impero dell'idea contraria.

Ma quest'argomentazione non ci smuove di un passo. Concediamo pure come ipotesi che in una futura legislazione fosse consacrato il principio che la giustizia penale essendo una emanazione della società tutta intera importi una responsabilità civile diretta dello Stato e un con-

seguente obbligo giuridico al risarcimento verso la vittima dell'errore giudiziario. Ma allora, a voler esser logici si sarà portati a sopprimere ugualmente l'irresponsabilità civile dello Stato per gli atti giudiziari civili, gli atti legislativi; per i cosidetti atti di governo, per gli atti internazionali, per i fatti di guerra e così via: sicchè il cittadino sarà ammesso ad ogni piè sospinto a vantare diritti di risarcimento e ad esporre corrispondenti azioni giudiziarie civili verso lo Stato per qualsiasi atto che creda poco conforme al suo particolare interesse. E allora dove se ne va quell'interesse di tutti, per cui lo Stato necessariamente agisce ed è dotato di diritti sovrani: questo interesse generale in nome e sotto l'egida sacrosanta del quale si rivendica al cittadino quel diritto al risarcimento? Questo sistema sarebbe evidentemente lo sconvolgimento di tutti i principii del diritto pubblico, di tutti i principii del diritto privato, e in definitiva di tutto il diritto: sarebbe cioè lo sconvolgimento dello Stato e della società.

Ma ci sentiamo dire: non conviene esagerare; si tratta di affermare soltanto una limitata eccezione al principio della irresponsabilità civile dello Stato per atti sovrani: e precisamente per ciò che concerne gli errori incorsi dai magistrati penali. Ma è facile rispondere che una volta ammesso il principio, è la logica stessa

irrefrenabile del diritto, il quale nella sua armonica unità non consente contradizioni e disparità di norme per identici stati di cose, che spingerà necessariamente a bere tutto il calice amaro delle conseguenze del principio accettato. Si dice dai fautori di questa riforma che ogni danno vuole indennità e compenso; che lo Stato deve seguire le regole di equità che impone ai privati; che non deve farsi del diritto pubblico una ragione di immunità odiosa; che una norma giuridica non cambia di natura per ciò solo che si riferisce allo Stato; che lo Stato deve per primo dare esempio di rispetto ai canoni fondamentali di giustizia. Tutto ciò sta benissimo, e noi avremo fra poco occasione di insistere su questa verità; ma tutto ciò non può condurre a stabilire per lo Stato un vero obbligo giuridico di diritto privato al risarcimento, proveniente da una responsabilità extracontrattuale. Il diritto pubblico non deve essere una sorgente di immunità, sia pure, ma nemmeno deve creare pe lo Stato una condizione deteriore e più gravosa di quella dei privati: e tale sarebbe quella che gli si farebbe rendendolo responsabile del danno recato da ogni azione anche lecita e necessaria. Una regola di diritto privato resta sì sempre vera passando dal campo del diritto privato a quello del diritto pubblico, ma è vero anche che, mutati i termini del

rapporto, deve altresì mutare la regola, e qui i termini del rapporto non sono più i privati fra loro, ma i cittadini da un lato e lo Stato dall'altro. Nemmeno quindi in linea *de iure condendo* si può accettare il principio dell'obbligo giuridico privato al risarcimento da parte dello Stato di un danno che il singolo sopporta nell'interesse generale della società, perchè il principio giuridico vigente che fissa l'irresponsabilità civile dello Stato per gli atti sovrani è perfettamente conforme alla natura dello Stato e dei rapporti di diritto pubblico, e perfettamente rispondente alle necessità sociali e alle convenienze politiche.

c) Ed eccoci al terzo, e più serio argomento, a cui i fautori della responsabilità degli errori giudiziari fondata sulla colpa extracontrattuale hanno fatto ricorso. È inesatto, si dice, che la massima della irresponsabilità civile dello Stato per gli atti sovrani sia così assoluta come si vorrebbe far credere. Senza sconvolgere il principio, senza attaccarlo di viva forza, basta osservare che questo principio comporta delle eccezioni. Vi è, si nota, in questa nozione di un potere sovrano ed irresponsabile, come un dogma: ebbene, attacchiamoci pure a questo dogma: esso non produce le conseguenze spaventevoli che ne derivano, secondo l'opinione comune, se non perchè non si vogliono decomporre i di-

versi elementi che lo costituiscono. È in certo modo la teoria del blocco. Si assimula, in modo assoluto, la sovranità, quando essa si manifesta per la via legislativa con quella che si esprime in un atto amministrativo o giudiziario: ebbene, ecco l'errore. Bisogna decomporre la sovranità, prendere ad una ad una le sue diverse manifestazioni, e si vedrà allora che ve ne sono alcune, a proposito delle quali è impossibile ammettere che non si possa avere una vera responsabilità dello Stato. Se si tratta della sovranità legislativa, nessun dubbio che non vi sia alcun ricorso contro lo Stato. Qui sovranità ed irresponsabilità vanno di pari passo, almeno nei paesi in cui la sovranità è tutta intera nelle Camere. E si capisce. Se i privati pretendendosi lesi in uno dei loro interessi dalla legge nuova, potessero attaccare questa legge o, quanto meno, domandare una indennità non sarebbe possibile realizzare alcuna innovazione legislativa, nè cambiare in qualsiasi modo l'ordine esistente. Inoltre, nell'ipotesi in cui interviene una legge nuova che lede gli interessi di alcuno, nella massima parte dei casi, non ne sono gli uomini gli autori responsabili, ma i fatti e fatti di ordine svariatissimo. Se si imponesse allo Stato una responsabilità in simili circostanze, si servirebbe assai male gli interessi generali e si porterebbe al progresso degli ostacoli formidabili. Ecco tutta

una serie di ragioni che non saprebbero essere trasportate nella questione delle riparazioni degli errori giudiziari. E non basta: vi è un altra particolarità dell' azione legislativa che spiega in essa la irresponsabilità dello Stato. Quando interviene una legge che pregiudica gli altrui interessi, ciò che bisogna notare, è il modo stesso con cui questi interessi sono attaccati; e si vedrà che essi lo sono in modo generale, e si può dire, impersonale. Senza dubbio un determinato individuo viene a soffrire un danno per l'intervento della legge nuova: perchè bisogna bene che gli interessi siano rappresentati da uomini nei quali, in certo modo, si incarnano. Se danni si son cagionati, bisogna bene che questi danni siano stati sofferti da alcuno, ma non è contro questo qualcuno che la legge è stata fatta. Il danno non è diretto; esso non è che indiretto, mediato: si produce per contraccolpo, di rimbalzo Si può dire altrettanto del danno causato da una condanna o da un arresto che sono la conseguenza di un errore? Ecco forse la vera ragione di decidere: *tutte le volte che l'atto sovrano è in qualche modo impersonale, non saprebbe farsi questione di responsabilità. Se al contrario è contro un individuo determinato che lo Stato si rivolge, egli non saprebbe cavarsela a così buon conto.* Quanto agli atti di governo, quest' ultimo vestigio, quest'ultima for-

tezza dell'arbitrio amministrativo, essi non sono che una eccezione: il punto di partenza, la regola è la possibilità di attaccare l'atto amministrativo. Quale più eloquente dimostrazione può darsi di ciò, di quella ricca varietà di ricorsi aperti al cittadino in materia amministrativa per il caso che uno dei suoi diritti, per minimo che sia, venga ad esser violato? E sembra contrario ad ogni logica, se si vuole assimilare l'azione dello Stato in materia giudiziaria con la sua azione in materia amministrativa, di non prendere altro in quest' ultima se non quello che è assolutamente eccezionale. Per concludere: non risulta in alcun modo dall' esame dei casi nei quali lo Stato è irresponsabile per ciò che egli agisce per mezzo di un organo investito della sovranità, che egli debba esserlo nella ipotesi di cui ci occupiamo. Sovranità e irresponsabilità non vanno punto necessariamente insieme. Vi sono differenze fra la sovranità legislativa, la sovranità cosidetta governamentale e la sovranità giudiziaria. *Particolarmente, quando lo Stato ha commesso una violazione di diritto che si rivolge ad un individuo determinato, il punto di partenza è la responsabilità.* Ed è ben questo il caso. È su di un individuo determinato che è andata a cadere la lorda mano della giustizia: è un individuo determinato che essa ha privato della sua libertà, che essa ha disonorato, forse.

Che cosa vi è di più personale e di più diretto? E quale è il danno che meriti più di questo, di essere riparato?

O noi ci sbagliamo, o anche quest'ultima difesa che si mette innanzi dai fautori dell'obbligo giuridico extracontrattuale dello Stato a risarcire i danni degli errori giudiziari, non regge in piedi di fronte all'esame di una critica ponderata. Lo Stato non può essere mai civilmente responsabile del danno arrecato con nessuno dei suoi atti sovrani; e una distinzione fra sovranità legislativa, da un lato, e sovranità governativa e giudiziaria dall'altro, non è possibile. Lo Stato è irresponsabile per gli atti sovrani del potere legislativo, cioè per le leggi, non già per il modo, generale ed impersonale, con cui la legge lede gli interessi privati, non già per lo speciale carattere mediato e indiretto che qui assume il danno, e neppure semplicemente perchè è necessario e conveniente alla società che sia così per non porre ostacoli al progresso civile, o perchè delle lesioni recate dalla legge agli interessi privati, i responsabili sono i fatti e non gli uomini. Codeste ragioni o non sono giuridiche o dal punto di vista *giuridico*, non sono probanti. Dire che lo Stato non è responsabile per le lesioni recate agli interessi individuali col nuovo provvedimento legislativo, perchè alla società è necessario che sia così e perchè la

legge è essa stessa un prodotto sociale necessario, è trovare soltanto la ragione *sociale* e non anche la ragione *giuridica*, di queste irresponsabilità dello Stato per gli atti legislativi; è dire qualcosa, ma non è dir tutto. Dire poi che l'atto legislativo è impersonale e il danno che da esso deriva al privato è indiretto, è dire bensì una cosa vera, perchè conseguente alla speciale natura della legge di essere una *norma generale* e universalmente applicabile a tutti i cittadini, ma è dir nulla per la tesi della responsabilità dello Stato per certi atti sovrani, perchè resta sempre a dimostrarsi, e non basta affermarlo, che la causa giuridica per cui lo Stato è irresponsabile per gli atti legislativi, è proprio il modo speciale con cui la legge lede gl'interessi privati, e, dato che sia così, quale sia il nesso logico che unisce quella causa giuridica determinata a quell'effetto giuridico determinato. La verità è che la ragione giuridica della irresponsabilità dello Stato per gli atti legislativi, non è punto relativa al modo con cui la legge lede gli interessi privati, ma è altra e diversissima. La legge, *fonte* principale (sarei per dire unica, se non temessi di affermare, senza altro, un principio discussissimo) del diritto obiettivo, si presume essere (se pure non si può dire addirittura che giuridicamente sia) l'espressione suprema del diritto come norma generale

e perciò, astrattamente almeno, non può ledere *nessun diritto* del privato: perchè non è logicamente ammissibile, per la contradizione stessa che nol consente, che ciò che contiene in sè il diritto obiettivo e perciò ogni diritto subiettivo del privato, contenga altresì la violazione di questo diritto. Certo, la nuova legge può ledere molti *interessi*, ma *diritti* mai, perchè la *protezione giuridica* che trasforma l'interesse in diritto, non può essere appunto data se non da quel diritto obiettivo di cui la legge è l'espressione. Questa è dunque, e non altra, la ragione per cui lo Stato è irresponsabile dei danni che recano le leggi agli interessi privati: cioè la equivalenza, o quanto meno, la presunzione di equivalenza, fra la legge e il diritto, che nell'ordine giuridico sta sempre, e senza la quale lo Stato non potrebbe vivere: presunzione che toglie perfino l'ipotesi che l'atto legislativo possa violare il diritto del privato e possa perciò generare nello Stato una responsabilità per il danno che al privato da esso consegue. Ma, se così è, agevolmente si vede come la medesima ragione concorra pure per la irresponsabilità dello Stato per i danni arrecati ai privati dagli atti sovrani del potere giudiziario. Funzione del potere giudiziario è quella di dichiarare ed applicare il diritto obiettivo ai casi speciali; e questa funzione si esplica pienamente nella sen-

tenza del giudice definitiva ed inoppugnabile cioè, nel *giudicato*. Ciò che il magistrato ha giudicato (cosa giudicata) *pro veritate habetur* è, o si *presume in modo assoluto* essere, la verità obiettiva del fatto e del diritto, del diritto materiale e del diritto formale. Esso è la dichiarazione del diritto in un caso speciale « il diritto di una fattispecie, » la *lex specialis*, come i Romani dicevano. Ma se così è, non si può ammettere che il giudicato, condanna o assoluzione che sia, violi il diritto del privato, perchè ciò che contiene il diritto obiettivo, dichiarato e applicato per il caso speciale, ciò che è il diritto del singolo caso, accertato, proclamato e difeso, non può nel tempo stesso essere il disconoscimento e la negazione di questo diritto e contenere una violazione del diritto altrui. Così è di ogni giudicato di condanna, sia pure che si venga poi a scoprire che esso per causa di un errore giudiziario ha colpito un innocente. Esso, condannando, dichiara ed applica legalmente il diritto penale obiettivo, cioè la legge penale, al caso speciale di fatto ugualmente accertato con le norme e le forme di legge. Esso contiene la certezza, legalmente ottenuta, del fatto e del diritto (verità subiettiva) che è l'equivalente della realtà materiale e giuridica (verità obiettiva), o, quanto meno, si presume esserne l'equivalente, e quindi non può violare il *diritto* di libertà del

cittadino, quantunque si scopra che ha condannato ingiustamente. Non solo, dunque, una responsabilità dello Stato non è concepibile, ma manca l'ipotesi di essa, cioè l'offesa di un diritto ».

Ma si obietta: Lo Stato, quando a seguito di un errore giudiziario condanna l'innocente, in luogo del vero colpevole, non dichiara nè applica il diritto, ma trascende appunto i limiti imposti alla sua funzione di dichiarare e di applicare il diritto, opera, anzi, contrariamente al diritto, e quindi viola il diritto di libertà del cittadino. Ma o io mi sbaglio, o in questo ragionamento si cela un equivoco. Quando si parla di un *diritto di libertà* non si può intendere se non di una libertà *giuridica*, di una libertà contenuta nei limiti del diritto obiettivo positivamente costituito, (nel caso, del diritto penale obiettivo materiale e formale) perchè nessun altro diritto, all'infuori del diritto *positivo*, esiste. Poichè, dunque, il giudicato contiene o si presume contenere la verità del fatto e del diritto legalmente accertata, lo Stato, quando per mezzo del potere giudiziario, lo emette, non esce fuori dalla sfera che la legge assegna alla sua attività giuridica, che è quella di dichiarare e applicare il diritto, non opera contrariamente al diritto, e perciò non viola il diritto di libertà civile del cittadino. Commetterà una azione *ingiusta*, sia pure, nes-

suno può dubitarne, perchè reca un *danno*, lede un *interesse*; ma una azione illecita, illegittima, ingiuriosa, contraria al diritto, e perciò violatrice del diritto altrui, no, a meno che non si voglia ammettere che esista un altro diritto che il diritto positivo non è. Non si deve confondere, lo abbiamo dianzi accennato, la *ingiustizia* di un fatto con la sua, diremo così, *antigiuridicità*, cioè col suo carattere di illecito, di indebito, di ingiurioso (non iure), di contrarietà al diritto. *L'ingiustizia* di un fatto, quale che sia il modo di concepire la giustizia ed il suo contrapposto che è l'ingiustizia, è sempre un concetto o morale o di equità, un concetto filosofico, insomma, ma giuridico non mai. Esso starà nella contrarietà alle leggi divine, per un seguace del sistema teologico, nella contra-contrarietà alle leggi della coscienza umana rivelatrice, per un seguace del sistema intuizionista, nella contrarietà alle leggi della natura, per un seguace del sistema del diritto naturale, nella contrarietà alle leggi della ragione o del pensiero, per un seguace del sistema del diritto razionale o ideale. Per noi che pure non lo neghiamo, come fanno i realisti, gli storicisti e i positivisti, ma che non vogliamo trascendere i limiti dell'esperienza, questo concetto dell'ingiustizia sta semplicemente nella contrarietà alle leggi dell'esistenza e della coo-

perazione sociale umana. Ma quale che esso sia, e non è certo qui il luogo di opportunamente discuterlo, esso è un concetto diverso da quello della antigiuridicità di un fatto, il quale è invece sempre e soltanto un concetto giuridico, e sta nelle contrarietà al diritto oggettivo, positivo e vigente, e perciò agli altrui diritti soggettivi. Ora lo Stato, quando condanna un innocente, farà appunto, è bene ripeterlo, un' azione ingiusta, ed ingiusta al più alto grado, ma mai contraria al diritto obiettivo positivamente costituito e vigente e perciò mai violatrice dell' altrui diritto subiettivo di libertà civile; la contradizione non consentendo che ciò che è « il diritto dal singolo caso », sia nel tempo stesso, e per l' identico caso, la negazione del diritto, e perciò la violazione dello altrui diritto soggettivo. Egli, quindi, non può essere civilmente responsabile del danno recato al privato.

Tutto ciò che si è detto innanzi per il caso di ingiusta condanna dell' innocente, vale altresì per il caso di ingiusta *persecuzione*. Qui non è più, a dir vero, la funzione giurisdizionale che si esplica, ma un' altra funzione sovrana che pertiene non al potere *giudiziario*, ma al potere *esecutivo*, e non è *iurisdictio*, ma *imperium*. Ma non crediamo che la soluzione debba esser diversa e che lo Stato debba essere più responsabile per questa specie di atti

sovrani, di quello che lo sia in genere per gli atti legislativi e per i giudiziari strettamente detti. È vero che l'atto del potere esecutivo o amministrativo non è, come la legge, l'espressione del diritto come norma generale, e neppure contiene, come il giudicato, la dichiarazione ed applicazione del diritto al caso speciale. È vero, che i magistrati inquirenti, come gli organi della amministrazione propriamente detta, hanno una indipendenza e una libertà di apprezzamento così spiccata che può benissimo darsi che con la loro molteplice attività vengano a ledere la libertà individuale. Ma non si deve credere, per ciò, che essi escano dai limiti che la legge assegna alla loro attività giuridica, purchè, s'intende, ed è l'ipotesi, essi osservino le norme di legge che disciplinano l'esercizio del loro diritto. Per la tutela stessa dei diritti dei cittadini contro le azioni criminose, e per l'esercizio del diritto dello Stato di punire gli autori dei reati, è naturalmente necessario che si proceda all'accertamento dei delitti e dei delinquenti. A tal fine la legge, nel pubblico interesse, concede ai magistrati del pubblico Ministero il *diritto subiettivo pubblico* di promuovere e proseguire le azioni penali che dai reati derivano e pone delle norme a cui questi magistrati conviene si uniformino nell'esercizio di questo loro diritto. Ma la perse-

cuzione dei delinquenti non è un diritto che si possa esprimere in principi fermi e costanti di diritto positivo: esso implica un'apprezzamento *discrezionale*, che la legge forza è che riserbi alla pubblica autorità. S' intende che nell' esercizio di questo potere discrezionale che la legge gli riserva, il magistrato possa, per avventura, violare in un' innocente quella libertà individuale che il diritto costituzionale impone sia, nelle sue varie forme, rispettata; ma s' intende pure la necessità che *anche chi non sia legalmente convinto di un reato*, ma soltanto presunto autore, e di cui in seguito si saprà appunto se sia colpevole od innocente, possa essere sottoposto a gravi limiti nei suoi diritti di libertà individuale, giacchè non si può pretendere che fino dall' inizio del procedimento il magistrato abbia quella certezza morale della colpevolezza dell' imputato, che solo può essere il risultato finale di tutto il processo e formare il contenuto della sentenza definitiva del giudice la quale *pro veritate habetur*. Così essendo nel sistema stesso del diritto obiettivo la persecuzione dei reati è un diritto che sta come *limite* al diritto di libertà del cittadino. Ma, appunto perchè gli sta come limite, appunto perchè la libertà del cittadino è *per ipotesi* incompatibile con la *criminis persecutio*, è chiaro che essa, in *tutto ciò che dalla legge non è regolato*, ma è

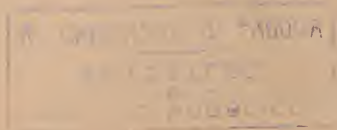
invece, rilasciato al potere *discrezionale* del magistrato cui è dato lo *ius persequendi*, non può aspirare ad una vera e propria tutela giuridica. In quanto dunque la libertà del cittadino si trova di fronte ad un potere discrezionale del magistrato, essa non è un *diritto* che il magistrato con l'esercizio del suo potere venga a violare, ma un semplice *interesse*. Perciò, se lo Stato perseguita un'innocente, recherà a lui un danno, ma non un danno giuridico, violerà un suo interesse, ma non un suo diritto subiettivo, farà opera ingiusta, ma non mai contraria al diritto. Egli perciò non potrà essere responsabile del danno che gli ha arrecato.

Possiamo dunque ripetere, senza tema di andare errati, che lo Stato quando esercita azioni penali come quando rende sentenze penali, sia pure che per errore abbia perseguitato o condannato un innocente, non può essere civilmente responsabile del danno che ad esso ha arrecato, perchè esercita un potere sovrano esecutivo o giudiziario. A questo risultato già eravamo giunti sulla considerazione che il perseguire e condannare gli autori di reati, è *per lo Stato* l'esercizio di un *diritto* e chi esercita un diritto suo non lede l'altrui diritto. Abbiamo adesso la riprova di questa verità nella considerazione che *il cittadino*, di fronte allo Stato, in quanto esplica la sua funzione sovra-

na persecutiva e giudiziaria penale, non ha un *diritto subiettivo di libertà* che possa venir violato dal fatto della *ingiusta* persecuzione o condanna. Da qualunque punto di vista si guardi il problema, da quello dello Stato, o da quello del cittadino, sempre sta, dunque, che lo Stato, nell'esplicazione della sovranità giudiziaria o persecutiva penale, esercita un diritto suo, non viola un diritto del cittadino, e perciò non può esser chiamato a rispondere nè direttamente, nè indirettamente del danno che ha recato al privato col fatto dell'errore giudiziario.

D) Teoria della responsabilità senza colpa o del rischio professionale e industriale.

Respinta la teoria che fonda l'obbligo dello Stato alla riparazione degli errori giudiziari sulla colpa extra contrattuale o aquiliana, un'altra se ne presenta al nostro esame. Voglio parlare della teoria della *responsabilità senza colpa*: teoria formatasi sotto l'impulso della necessità di sfuggire alla obiezione tratta dalla irresponsabilità dello Stato per gli atti sovrani.

Una prima forma sotto la quale questa teoria si presenta è quella che invoca, per la questione che ci riguarda, la vecchia massima di diritto « *casum sentit dominus.* » Secondo essa, quando un danno cagionato ad una cosa risulta

da un caso fortuito, è il proprietario soltanto che deve sopportarlo. Di qui, pel nostro caso, la conclusione: che lo Stato essendo padrone in quel che concerne l'opera della giustizia, deve anche essere il solo a subire il danno che essa può occasionare per caso fortuito. Ma fu giustamente obiettato che questa argomentazione manca di logica. La regola invocata ha per unico scopo di non rendere nessuno responsabile di un danno cagionato ad alcuno per caso fortuito. Applicata alla questione che ci occupa, essa non può condurre che a due conseguenze, che sono lungi dal poter servire di base al diritto all'indennità: la liberazione dei magistrati da ogni responsabilità di fronte allo Stato e la liberazione di quest'ultimo da ogni responsabilità di fronte alle vittime degli errori giudiziari. Là lo Stato solo deve subire il colpo recato al prestigio della sua opera di giustizia. Qui la vittima soltanto deve soffrire il danno di cui un caso fortuito è stato la causa.

Una forma più perfetta che assume la teoria delle responsabilità senza colpa è quella del *rischio professionale o industriale*. Lo Stato sarebbe responsabile del danno derivante dagli errori giudiziari e giuridicamente obbligato a risarcirlo, non già in virtù della *colpa* aquiliana, — perchè l'errore giudiziario è normalmente il prodotto di un caso fortuito, e perchè lo Stato

quando esercita il potere giudiziario penale, che è potere sovrano, esercita un diritto e perciò non viola alcun diritto, — ma in virtù della associazione dei rischi e pericoli dipendenti dall' attività persecutiva e giudiziaria penale. Lo Stato sarebbe perciò responsabile per il solo danno che deriva dall' esercizio della sua funzione e non per la colpa; anche perciò nel caso che il danno dipenda da caso fortuito o da forza maggiore. Ecco come questa teoria viene esposta. Il diritto moderno, si nota, tende verso una radicale trasformazione dello istituto della responsabilità, per cui questa finirà per rendersi indipendente dal vecchio e classico elemento della colpa. La teoria della colpa subisce, a dir vero, attualmente una crisi singolare. Essa è in via di scomparire nei rapporti che sono tuttavia rapporti fra persone private. Che cosa è infatti, la teoria del rischio professionale che forma la base di tutte le leggi recenti sulla responsabilità in caso di accidenti nell'industria? Che cosa è essa, se non l'abbandono completo di questa teoria della colpa, teoria esclusivamente e strettamente individualistica, che non può più bastare nelle condizioni nuove fatte all' industria, in seguito alle trasformazioni portate nella tecnica della produzione? Risulta, infatti, da queste trasformazioni che vi è una grande quantità di accidenti di cui la causa resta sco-

nosciuta. Si può tuttavia lasciare senza indennità l'operaio vittima di un accidente di cui non si può far rimontare la responsabilità ad una colpa del padrone? Non val meglio gravare di questa indennità le spese generali della produzione industriale? È ciò che si è pensato, ed è ciò che ha fatto stabilire questa teoria del rischio professionale di cui si è potuto dire senza esagerazione che essa è in via di fare il giro del mondo e di rivoluzionare dappertutto la legislazione del lavoro. È una idea simile che bisogna far penetrare nella parte della legislazione criminale che ci occupa. Quando questa grande macchina che si chiama lo Stato, cento volte più potente e cento volte altresì più dannosa che le macchine dell'Industria, ha ferito qualcuno, bisogna che tutti quelli nell'interesse dei quali essa funzionava, quando ha cagionato questo danno, siano chiamati a ripararlo. Così esigono i principii di solidarietà e di mutualità che sono il fondamento stesso delle nostre istituzioni, e di cui nessuna conseguenza è certo più interessante. E bisogna tanto più introdurla, questa idea, in quanto la legislazione che se ne ispirerà, non rischierà in niente di sconvolgere il meccanismo della repressione e nemmeno esporrà lo Stato a delle responsabilità pecuniarie troppo gravi.

Ma anche questa teoria che si potrebbe dire

della assunzione del rischio e pericolo nell' esercizio diretto o indiretto di una impresa qualsiasi, astrazion fatta dalla colpa, non pare possa servire a dare un fondamento giuridico tranquillante all' obbligo dello Stato di riparare i danni degli errori giudiziari. Certo, nessuna difficoltà vi è a concepire l' errore giudiziario come un *caso fortuito*, un rischio, un pericolo, inerente all' esercizio della funzione giudiziaria. Ma la difficoltà sorge quando si cerca di assimilare l' esercizio di questa funzione a quello di una impresa, di una professione, di una industria qualsiasi. È questa la capitale obiezione che si può fare a questa dottrina. L' esercizio della funzione penale persecutiva e giurisdizionale che è funzione sovrana, e perciò di diritto strettamente pubblico, non è per lo Stato quello stesso che è, per il privato, l' esercizio di una impresa industriale o di una professione; ed è agire con troppa logica disinvoltura il trasportare senz' altro dai privati allo Stato, dal campo economico-privato a quello morale e pubblico, un concetto che è stato creato per il diritto privato e non per il diritto pubblico.

Ma anche senza pretendere di parificare i difformi, e concedendo che si voglia concepire il principio nel suo senso più largo, nel senso cioè che chiunque, persona fisica o giuridica, e perciò anche lo Stato, nell' esercizio di una

qualsiasi attività, che pure non sia una professione o una industria, arrechi altrui un danno che appaia conseguenza diretta o indiretta di quella attività, debba questo danno risarcire: anche volendo intendere il rischio come un rischio *funzionale* e non già puramente professionale e industriale, non sembra che la teorica in questione valga meglio allo scopo per il quale è stata creata. Per largo che sia il concetto di questa funzione e di questo rischio, non è possibile dissociare da esso l'idea, non dico di un lucro, di una utilità patrimoniale, ma almeno di una utilità, di un vantaggio, di un interesse morale derivante a colui che esercita la funzione, dalla funzione stessa cui la responsabilità del rischio è legata. Ma lo Stato è ben lungi dal poter essere posto in una tal situazione per rapporto all'opera della giustizia penale. Quest'opera, questa attività, questa funzione, egli l'esercita non per conseguire un vantaggio o una utilità qualsiasi, e nemmeno per soddisfare un interesse proprio, o che è lo stesso, della società, ma solo per stornare dal capo dei cittadini il pericolo delle male azioni dei delinquenti, *per difendere i cittadini contro le criminose aggressioni dei loro diritti*. Lo Stato insomma, in questo caso, *certat de damno vitando* e non per ritrarre un vantaggio qualsiasi, sia pure soltanto morale, come ad esempio, di regola, nell'esercizio della

sua attività amministrativa sociale; non gli si può quindi applicare, anche nel suo più largo senso, la teorica della responsabilità per rischio professionale. Ma v'è una obiezione ancora più forte contro questa dottrina. Quale che sia il modo di concepire la responsabilità per rischio professionale, — sia che la si consideri come una obbligazione contrattuale derivante da una tacita clausola di garanzia, da un tacito contratto di assicurazione contro gli accidenti professionali, implicito nel contratto di locazione d'opera intervenuto fra padrone e operaio — sia che la si consideri come una responsabilità per fatto illecito e precisamente come una responsabilità per fatto delle cose inanimate, parallela a quella per il fatto altrui e per il fatto dei proprii animali domestici : — sia infine che la si consideri come una responsabilità, una obbligazione legale imposta dalla legge al padrone in deroga del diritto comune, e fondata sulla volontà del padrone di assicurare l'operaio contro gli infortuni del lavoro, (volontà presunta *iuris et de iure* o anche, senz'altro, finta *utilitatis causa*); — qualunque sia, dunque, il modo di concepire questa responsabilità, sempre sta che essa si riannoda al fatto, dello esercizio dell'intrapresa, della attività, della funzione, che è la *causa*, in se *volontaria*, di un *effetto dannoso*, l'accidente professionale, in nessun modo, nè direttamente nè indiret-

tamente, voluto. Ma se così è, agevolmente si vede, come la teorica in questione non possa punto servire a dare un fondamento giuridico alla responsabilità dello Stato pei danni derivanti dagli errori giudiziari. In sostanza è sempre sulla *volontà*, sul volontario esercizio della funzione persecutiva e giudiziaria penale, che si fonderebbe la responsabilità dello Stato per gli errori giudiziari. Ma lo Stato, quando, come potere esecutivo, esplica la funzione sovrana di perseguire i presunti autori di reati, quando, come potere giudiziario, esplica la funzione sovrana di giudicare ed eventualmente condannare i rei, non agisce in seguito ad una *determinazione, giuridicamente libera, di volontà*, ma agisce, invece, sotto l'impero di una *necessità* imprescindibile, e per obbedire alla ragione stessa dell'esistenza propria. Qui il carattere di necessità (e, se così può dirsi, di forza maggiore) non si riscontra solo nella causa immediata del danno, *(causa efficiente)* ma in quella remota ed originaria *(causa occasionale)* cioè in quell'attività a cui il danno è conseguente e il rischio inerente. Ora, dove non è libertà di determinazione (intendiamoci bene, non libertà morale, ma giuridica) non può essere responsabilità, neanche per la teoria del rischio, diciamo pure, *funzionale;* appunto perchè, quando si dice che chi esercita una impresa, intraprende una atti-

vità, assume un servigio od una funzione, lo fa a proprio rischio e pericolo, è sempre sottinteso che poteva anche quell'impresa, attività, servigio, o funzione non assumere e fu invece la sua volontà, giuridicamente libera, che diede luogo alla responsabilità derivante dal rischio assunto. Con ciò noi non abbiamo tolto valore alla teoria; l'abbiamo anzi ammessa come vera; non abbiamo creato per lo Stato nessuna speciale ragione di immunità, ma abbiamo fatto solo una applicazione allo Stato e alla giustizia penale del principio di diritto che governa la responsabilità per rischio professionale e industriale: applicazione speciale, naturalmente, ma indubbiamente conforme alla natura, appunto speciale, dello Stato e della funzione persecutiva e giurisdizionale penale.

Giunti a questo punto, possiamo finalmente porre una conclusione di carattere negativo relativamente al problema della responsabilità dello Stato per il danno derivante dagli errori giudiziari. Se infatti questa responsabilità, e l'obbligo al risarcimento che ne consegue, non deriva dal contratto, nè dalla colpa nell'esecuzione del contratto; se non deriva da un rapporto quasi contrattuale; se non ha per fonte il fatto illecito, delitto o quasi delitto, cioè la colpa extracontrattuale o aquiliana; se, infine, non può adagiarsi sulla volontaria assunzione del rischio

e pericolo nell'esercizio diretto e indiretto di una impresa qualsiasi, bisogna per necessità concludere che la responsabilità in questione, se v'è, non è una responsabilità di diritto comune e l'obbligo relativo non è un obbligo giuridico di diritto privato.

E) Teoria della negazione di qualsiasi responsabilità.

Ma se la responsabilità dello Stato per i danni degli errori giudiziari non può fondarsi su nessun principio di diritto privato, bisognerà perciò concludere, come concludono alcuni, che non esiste per lo Stato nessun obbligo di riparazione verso le vittime degli errori giudiziari? A noi sembra azzardato l'affermarlo. Quando, come nel caso, una riforma legislativa viene a guadagnare terreno ogni giorno di più, quando tutte le legislazioni delle più civili nazioni si affrettano ad accoglierla nel loro grembo, ciò è sintomatico indizio che questa riforma è richiesta non pure da ragioni di convenienza politica, sempre mutevoli da paese a paese e da Stato a Stato, ma altresì da più ferme e costanti ragioni di sociale necessità. Ma se così è, non è ammissibile che la riforma in parola possa trovarsi in disarmonia con tutto il complesso sistematico del diritto positivo vigente, non è

possibile che si debba rinunziare a trovarne un *fondamento*, una *causa* giuridica che costituisca per essa l'anello di congiunzione alla vasta e grande catena del diritto costituito. Poichè base dello Stato è la società, poichè base del diritto sono le leggi della coesistenza e della cooperazione sociale, non si può ammettere, e non si dà, che un istituto giuridico, che la necessità sociale assolutamente richiede, abbia a trovarsi in disaccordo col sistema del diritto vigente. La questione del fondamento giuridico della riparazione alle vittime degli errori giudiziari, rimane, dunque, una questione aperta, nonostante che non sia possibile assidere l'obbligo dello Stato sui principi del diritto privato. Inoltriamoci ancora sulla strada aperta del problema, e non potremo disperare di raggiunger la meta.

F) Teoria dell'obbligazione morale e della responsabilità fondata sull'equità.

Su questo tratto nuovo di strada, ecco venirci incontro una nuova teoria: la teoria della *obbligazione morale e della responsabilità* fondata sull'equità. Ecco come viene presentata questa dottrina. Essa riconosce, sì, a suo modo, alle vittime di errori giudiziari un certo titolo all'indennità da parte dello Stato, ma non ne fa già

un dirittoprivato o pubblico che possa divenir l'oggetto di una azione dinanzi a un qualunque tribunale, bensì lo deduce da un precetto di giustizia di ordine superiore: precetto che fa spesso breccia alle regole di quello che i Romani chiamavano, *stretto diritto* (*ius strictum*) allo scopo di realizzare un principio meglio adatto alla individualità del caso che va regolato. Questoprincipio, conosciuto sotto il nome di *equità* (*aequitas*), è destinato a conciliare le *forme*, — di cui ogni diritto deve rivestirsi e che, dato il loro carattere necessariamente astratto, non possono modificarsi secondo tutte le esigenze della vita — con l'*idea* del diritto che, come Cicerone, Platone e gli stoici dicevano, è un principio innato nella natura delle cose e per conseguenza chiamato a regolare ciascun rapporto secondo i veri bisogni che scaturiscono dal suo carattere individuale. — Così lo Stato, a riguardo delle vittime degli errori giudiziari, non ha che una obbligazione *lato sensu* cioè in senso filosofico e non giuridico, un dovere *morale* alla riparazione, non una obbligazione, un dovere giuridico pubblico o privato. Si tratta semplicemente di un *atto di grazia* e non di un *atto di giustizia* intesa questa parola in stretto senso e come contrapposto della prima; di una *facoltà graziosa* dello Stato che può concedere e può anche non concedere tale riparazione, non di un ob-

bligo giuridico che costringa in qualche modo lo Stato a concederla.

Ma questa teoria, nonostante la veste umanitaria di cui si copre e che può ben servire ad attirarle la simpatia di autori e legislatori, non riesce a porgere alla questione la soluzione che andiamo cercando. Grazia, equità, moralità, benignità non sono concetti giuridici: e facoltà non è diritto: come dovere morale, non è dovere giuridico. Sotto l'apparente pretesa di risolvere il tortuoso problema del fondamento giuridico della riparazione, questa teoria non fa, in sostanza che *negare* i termini stessi di questo problema. Essa è la più candida confessione dell'impotenza, in cui gli autori di essa si trovano, di cogliere la base, cioè la causa giuridica, dell'obbligo dello Stato, la quale viene così negata prima ancora di essere ricercata. Se la riparazione alle vittime degli errori giudiziari è, per lo Stato, quel che *l'indulgenza* e più precisamente la grazia, è per il capo dello Stato; se cioè essa non è più che una potestativa e discrezionale, anzi graziosa, facoltà dello Stato, che egli può concedere o non concedere, o concedere quando e dove a lui piaccia, tanto vale il dire che essa non è un obbligo nè un dovere, che ad essa nessun cittadino ha diritto; tanto vale infine il concludere che essa non ha

un fondamento giuridico e perciò deve esser radiata dal campo del diritto vero e proprio.

G) Teoria dell'obbligo giuridico di diritto pubblico.

Così è ad un'altra teoria che noi daremo la preferenza. Una teoria, a dir vero, che non fu esplicitamente messa innanzi da alcuno, ma di cui si vedono nitide traccie in una legge recente: la legge austriaca del 16 marzo 1892; una teoria, che aspetta ancora la sua elaborazione e sistemazione scientifica, ma di cui crediamo di poter dire sin d'ora che sarà quella che più saprà procacciarsi i favori dei venturi legislatori e., possiamo sperarlo, anche, del legislatore italiano. Questa dottrina potrebbe chiamarsi dottrina dell'obbligo giuridico di diritto pubblico perchè appunto essa fa consistere la riparazione alle vittime degli errori giudiziari in un obbligo giuridico dello Stato dal diritto pubblico regolato. Vediamo di tentarne una brevissima esposizione teorica.

E anzitutto, non sarà male dare uno sguardo al cammino percorso perchè ciò servirà ad additare la via che ancora resta a percorrere. Se noi guardiamo, con occhio sintetico, alle teoriche che già abbiamo avuto occasione di esporre e di criticamente valutare, non possiamo

a meno di riconoscere in esse tre grandi correnti sistematiche che segnano fra di esse delle rilevantissime e profonde diversità di concezione scientifica. 1) Alcune teoriche trovano la base dell'obbligo alla riparazione nel *diritto pubblico*; e di queste è unica rappresentante la dottrina dell'obbligazione derivante dal *contratto sociale*. 2) Altre fondano la responsabilità dello Stato sui principii del *diritto privato*; e queste sono a varie e molteplici, a cominciare da quella che dà per base alla riparazione l'idea del *quasi contratto*, per passare a quella che l'adagia sulla *colpa extra contrattuale*, diretta o indiretta, per finire a quella che l'asside sul principio delle responsabilità senza colpa, o per rischio professionale o funzionale. 3) Altre infine, prescindono così dai principii del diritto pubblico che da quelli del diritto privato, e ricercano la fonte dell'obbligo alla riparazione più nei morbidi criteri della morale e dell'equità che nei rigidi criteri giuridici. — Ora, prescindendo da queste ultime teoriche che, come già avemmo occasione di notare, si risolvono nella negazione di ogni obbligo giuridico, — degli altri due sistemi può dirsi che essi, o concepiscono lo *Stato* come *fisco*, come subbietto di diritti patrimoniali privati, aprendogli così il passaggio per la gran porta del diritto comune; ovvero concepiscono lo Stato come sovrano e lo lasciano così nel campo, al-

trettanto e più vasto, del diritto pubblico, in quel campo cioè in cui egli, per la sua naturale missione, è più solito di spaziare. Ma noi abbiamo visto come al diritto privato ripugni in ogni modo di accogliere nel suo seno l'obbligo dello Stato alla riparazione degli errori giudiziari; sicchè per questo verso, nessuna strada resti a percorrere: abbiamo visto altresì come la dottrina dell'obbligazione contrattuale, che è l'unico tentativo sinora fatto di riallacciare l'obbligo della riparazione al complessivo sistema del diritto pubblico, pecchi per le sue stesse origini, inficiata, come è, del pregiudizio metafisico del contratto sociale. Altro dunque non rimane se non ricercare se esista un concetto dello Stato, e del diritto pubblico, che non sia quello che ne avevano i filosofi del diritto naturale; se esista un concetto dello Stato e del diritto pubblico che, non essendo affetto da tabe metafisica, serva tuttavia, anzi appunto per ciò, a dare — come indubbiamente l'avrebbe dato quello del contratto sociale e del diritto naturale se di quella tabe non fosse stata infetto — una base *giuridica* tranquillante all'obbligo della riparazione. Occorre quindi e anzitutto, fermarci brevissimamente sul concetto dello Stato e sui rapporti che corrono tra lo Stato e il cittadino.

Respinta la teorica medioevale dello Stato

teocratico, e quella, più moderna, del contratto sociale, di cui fu figlia legittima la rivoluzione francese, tre teoriche si contrastano oggi il campo del diritto pubblico relativamente al concetto dello Stato e dei rapporti che fra Stato e cittadino intercedono: la *teoria organica*; la *teoria empirica*; la *teoria giuridica* dello Stato. Fra queste tre diverse e cozzanti teorie le nostre preferenze, è bene dirlo subito, sono tutte per quest'ultima, ma, anche che così non fosse, è certo che le due dottrine prima nominate non saprebbero punto servirci nella risoluzione della questione, tutta giuridica, che ci occupa; giacchè di esse la prima non è che una concezione naturalistica dello Stato che potrà magari ammettersi per vera nel campo della biologia e della sociologia, ma non giova in ogni modo a nulla quando dello Stato vogliamo farci un concetto puramente e semplicemente *giuridico*; e la seconda, con l'idea della potestà pubblica dotata di forza irresistibile e insuscettibile di giuridica disciplina, non è che una concezione *nihilistica* dello Stato e del diritto pubblico, anzi, in definitiva, distruttrice di tutto il diritto pubblico e privato. Soffermiamoci dunque su questa teoria giuridica dello Stato: non è dubbio che essa ci saprà fornire la luce che andiamo cercando.

Per la teoria *giuridica* dello Stato, lo Stato

è, nè più nè meno che i cittadini, sottoposto all' impero del diritto; s' intende, del *diritto positivo*, perchè nessun altro diritto, all' infuori di questo, si ammette oggi vi sia. Il concetto di un diritto *naturale*, o *razionale*, o *ideale*, superiore a tutti i tempi e a tutti i luoghi, in contrapposto al diritto positivo costituito e vigente, è un detrito di vecchie idee che la moderna filosofia sperimentale ha relegato nel regno delle favole. Lo Stato è, dunque, come il cittadino, sottoposto al diritto: e di qui l' idea del *Rechtstaat*, come dicono i tedeschi; l' idea dello *Stato giuridico* o dello *Stato secondo il diritto*. Ma appunto perchè lo Stato è anch'esso sottoposto al diritto, benchè sia chiamato altresì a riconoscerlo, appunto perchè lo Stato si ha da intendere come uno Stato giuridico, la *teoria giuridica* dello Stato è quella appunto che considera lo Stato come una *persona giuridica*, come un subietto di diritti; è la teoria della *personalità dello Stato*. Ed invero, quando noi vogliamo concepire giuridicamente lo Stato, altro mezzo non ci si offre che quello di rivestirlo di personalità, di farne cioè un soggetto di diritti. È questo l' unico modo con cui si può, dal punto di vista del diritto, studiare e giustificare quella continua azione che lo Stato esercita di fatto sui cittadini a lui sottoposti nella sfera del suo territorio. Lo Stato è per-

tanto *persona giuridica* e non lo è soltanto, — come sinora ritenevasi e come da alcuni tuttora si crede, — ai fini del diritto privato, ma altresì ai fini del diritto pubblico; non è soltanto persona giuridica ne' rapporti di diritto privato patrimoniale, ma altresì nei rapporti di diritto pubblico, che non sono, normalmente, rapporti patrimoniali. Lo Stato è, insomma, *persona giuridica*, cioè, subietto di diritti, non solo quando agisce come *fisco*, quando compra, vende, si obbliga, ha dei *iura in re aliena* succede e così via, ma anche quando esercita la sua attività giuridica pubblica, patrimoniale o non patrimoniale, quando, insomma, agisce come sovrano. Nel primo caso, lo Stato è subietto di diritti soggettivi privati, nel secondo è subietto di diritti soggettivi pubblici, ma sempre egli è subietto di diritti, cioè è *persona giuridica*. Questo, per lo Stato. Quant' è poi al cittadino, esso pure si concepisce come subietto di diritti. E ciò non solo quando agisce come *privato* e di fronte ad un altro privato, o almeno di fronte allo Stato come subietto di diritto privato, (nel qual caso egli riveste la capacità giuridica quale è regolata dal diritto privato, civile e commerciale) ma anche quando agisce *uti civis* cioè in rapporto diretto con lo Stato; nel qual caso egli ha una speciale capacità giuridica, una capacità giuridica di diritto pubblico. Tutto ciò non abbisogna,

crediamo, di lunga dimostrazione. Posto, infatti, il concetto dello Stato come persona giuridica, anche nel campo del diritto pubblico, non è possibile sfuggire alla pratica e logica necessità di vedere anche nei cittadini, ed altresì nelle loro relazioni con lo Stato, dei *subietti di diritti*, e precisamente, dei *subietti di diritti pubblici*. Chi, pur ammettendo la personalità giuridica dello Stato, nega che i cittadini siano subietti di diritti pubblici, afferma esplicitamente che, nel campo del diritto pubblico, *unico subietto* è lo Stato e che quindi tutte le relazioni fra lo Stato e i cittadini sono delle relazioni fra un *subietto* e degli *obietti*. Ma non è chi non vegga come, posta la questione in questi termini, una teoria simile contraddica ai principii più elementari ed anche più noti della scienza giuridica. Si sa da tutti che un rapporto giuridico, allora esiste, quando si trovano di fronte *due subietti*: una persona isolata, o ciò che torna lo stesso, posta in mezzo ad altri individui che non siano, giuridicamente parlando, delle persone, potrà esercitare su di essi la sua forza, ma non sarà mai un subietto di diritti, cioè una persona giuridica. Il diritto è essenzialmente un rapporto: rapporto fra due persone, fra due subietti: fra un *subietto* ed un *obietto* non passa alcun rapporto giuridico. Così chi spoglia il cittadino di ogni diritto pubblico per rivestirne

il solo Stato, viene, inconsapevolmente a negare la personalità giuridica dello Stato, che pur vuole ammettere; viene a negare che fra Stato e cittadino esista un rapporto giuridico, viene a negare, in ultima analisi, l'esistenza del diritto pubblico, e anche del diritto privato, che nel pubblico trova la sua garanzia: cade, cioè, in quella stessa conseguenza che abbiamo testè rimproverata ai seguaci della scuola empirica. Si può dunque affermare, crediamo, senza esitazione, che anche nel campo del diritto pubblico, di fronte allo Stato subietto di diritti pubblici, e persona giuridica di diritto pubblico, sta il cittadino, anch'esso subietto di diritti pubblici, anch'esso persona capace di diritto pubblico. La teoria dello Stato giuridico e dello Stato secondo il diritto porta alla conseguenza della *personalità giuridica dello Stato* nel campo del diritto così privato che pubblico: la teoria della personalità giuridica pubblica e privata dello Stato, porta logicamente alla ammissione dei *diritti pubblici soggettivi del cittadino.*

Posti questi che sono, diremo così, *i dati del problema* che dobbiamo risolvere, non ci sarà difficile scendere all'esame del problema stesso concernente il fondamento giuridico della riparazione alle vittime degli errori giudiziari, e trovarne la soluzione. La riparazione alle vit-

time degli errori giudiziari non si fonda già, lo abbiamo visto, sui principii del diritto privato, e neppure sulla *equità* come antitesi dello stesso diritto, ma si fonda, invece, sui principii del diritto pubblico moderno; ed ha pei suoi giuridici presupposti il principio dello Stato persona giuridica di diritto pubblico e del cittadino subietto di diritti pubblici. L'obbligo dello Stato a riparare i danni degli errori giudiziari, non è un obbligo puramente e semplicemente morale, un puro dovere di umanità, una graziosa quanto arbitraria facoltà dello Stato; una potestativa e pietosa liberalità di esso verso le vittime disgraziate dagli errori. Esso ha la sua ragione d'essere ben più in alto: esso risposa sull'interesse stesso dello Stato: esso non è una pietosa concessione, o una generosa liberalità, ma una necessità sentita dal cittadino come dallo Stato, anzi dallo Stato *più* che dal cittadino, e forse dallo Stato *prima* che dal cittadino. Esso non è una grazia: è un dovere giuridico obbligatorio, un pubblico dovere dello Stato cui corrisponde un pubblico diritto soggettivo del cittadino inteso a farlo valere. Ma neppure si deve credere che questo obbligo giuridico dello Stato sia analogo ad un obbligo giuridico di diritto privato, e questo diritto del cittadino in tutto simile ad un diritto soggettivo privato. Lo Stato, di fronte alle vittime degli errori giudiziari, non è obbligato *come fisco*, come *subietto*

di diritti patrimoniali privati, ma come *sovrano*, come *subietto di diritti pubblici*: ed è contro di lui, in questa qualità di *sovrano*, di *imperante*, che si fa valere dal cittadino il suo diritto soggettivo, il quale è, appunto perciò, un diritto soggettivo *pubblico* e non un diritto soggettivo *privato*. Che se poi si volesse sapere quando è che lo Stato si obbliga come sovrano, come subietto di diritti pubblici, e quando come fisco, come subietto di diritti privati, risponderei che la distinzione va desunta da una distinzione più alta, che è quella fra *diritto oggettivo pubblico e diritto oggettivo privato*, e che lo Stato si obbliga come fisco, quando regola le sue obbligazioni con le norme del diritto civile e commerciale, e si obbliga come *sovrano*, quando regola le sue obbligazioni con le norme del diritto pubblico. Ora la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, già posta dai giureconsulti romani, quantunque, forse, suscettiva di ulteriori determinazioni, è un dato fondamentale, quasi direi, un postulato di tutta la scienza giuridica e bisogna presupporla già nota. L'obbligo dello Stato alla riparazione dei danni derivanti dagli errori giudiziari, è dunque un *obbligo giuridico di diritto pubblico*, ed il diritto del cittadino, vittima dell'errore, di ottenere tale riparazione, un *diritto pubblico soggettivo*. Ma quale diritto pubblico soggetiivo? Dei diritti pub-

blici soggettivi sono state fatte classificazioni varie, ma quella che va accogliendo il favore universale è quella proposta dallo *Jellinek* in Germania e in Italia sostanzialmente accettata, salvo lievi modificazioni aggiuntive, anche dal *Romano* che é l'unico che si sia occupato *ex professo* della vasta e difficile materia dei diritti pubblici subiettivi. Ora per lo *Jellinek* come pel *Romano*, fra le varie categorie di diritti pubblici soggettivi, una ve ne ha, così detta, dei *diritti civici*, i quali consistono, secondo la nozione che di essi si dà, nei diritti, che i cittadini hanno, di ottenere dallo Stato delle *prestazioni*: prestazioni di vario ordine che lo Stato porge in virtù di una auto-obbligazione, e che consistono in *atti positivi* che in favore dei cittadini compie lo Stato nella sua duplice veste di potere giudiziario e di potere esecutivo o amministrativo. Tale ci sembra appunto essere il diritto alla riparazione: un *diritto civico*: diritto spettante al cittadino, come tale, *uti civis*, verso lo Stato come *potere sovrano amministrativo*, e avente per contenuto la *prestazione*, da parte dello Stato stesso, di una somma di danaro. Ma *a che titolo* lo Stato è obbligato a prestare questa somma, e il cittadino ha diritto ad una tale prestazione? È questa la seconda parte, e forse la più interessante, del problema. Giacchè, non basta il dire che il diritto del cit-

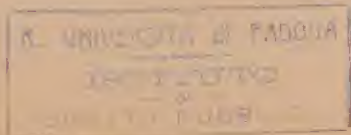
tadino vittima di un errore giudiziario, a che lo Stato ripari i danni che dall'errore derivano è un diritto pubblico subiettivo *civico*: bisogna anche ricercare quale è il *fondamento giuridico di diritto pubblico* di questo diritto, così definito, e del corrispondente obbligo dello Stato. E allora si fa innanzi un altro ordine di considerazioni. Una semplice, ed anche superficiale, osservazione degli Stati moderni, ed altresì dello Stato italiano, ci mostra come lo Stato, nella esplicazione della sua attività, non solo istituisce giurisdizioni e giudici, non solo determina il modo onde dirimere le controversie fra privati, non solo stabilisce pene contro chi infrange criminosamente il diritto e fissa il modo con cui i reati vengono accertati e le pene inflitte, non solo cura l'ordine pubblico e l'osservanza delle leggi; in una parola, non si propone solo il fine di attuare la tutela del diritto, nè esplica una attività soltanto giuridica, ma si propone altresì fini di altra natura e spiega una attviità diversa dalla attività che abbiamo detta giuridica. È la così detta, ed in antitesi a questa ultima detta, *attività sociale dello Stato* che consiste in un intervento, in una ingerenza dello Stato nei rapporti sociali, non già per regolarli giuridicamente, ma bensì con lo scopo di agire nel loro interesse, con lo scopo di promuovere il benessere sociale e comune. Fra le forme infinitamente

varie, diverse, molteplici, progressive, di questa attività, essa pure indefinitamente crescente, che è l'attività sociale dello Stato, una ve n'è, che più delle altre richiama l'attenzione dei filantropi e degli umanitaristi: voglio dire l' ingerenza dello Stato sul fenomeno sociale della *distribuzione della ricchezza*. Pur senza voler fare qui ciò che con frase moderna si dice del *socialismo di Stato*, pur lasciando da parte i *desiderata*, troppo teorici, delle scuole socialistiche, a noi basta qui constatare come nel nostro diritto positivo vada facendosi largo una viva corrente che spinge lo Stato, ora a intervenire a beneficio delle classi più bisognose e più diseredate dalla fortuna, ora a soccorrere i derelitti colpiti dalla sventura, ora ad attenuare i danni provenienti dalle pubbliche calamità. Di qui un complesso di istituzioni intese alla pubblica assistenza degli indigenti, al soccorso dei malati, dei fanciulli abbandonati, dei vecchi incurabili e anche soltanto dei poveri, perchè poveri, allo scopo di difenderli legalmente contro la miseria. È una simile idea che si deve introdurre nella nostra legislazione penale processuale: si tratta appunto e soltanto di dare libero e regolare corso a questa azione di obbligatoria assistenza dello Stato moderno senza cambiarne il carattere giuridico. Come lo Stato, spinto da una doverosa necessità, interviene per attenuare le gravi

svariate calamità che possono colpire i cittadini: disastri cagionati dalla guerra; devastazioni seminate dalla tempesta o dall' inondazione in paesi prima ricchi di fortunata fertilità; sventure che apportano i naufragi in mezzo alle popolazioni marittime; rovine generate dagli incendi: – così pure deve lo Stato intervenire a prò delle vittime degli errori giudiziari, cui un fatale e disgraziato concorso di circostanze, a nessuno imputabile, condusse alla miseria e violò nel massimo dei beni giuridici che, dopo la vita, possa il cittadino vantare: la libertà. Così, e in questi termini, il principio giuridico della riparazione alle vittime degli errori giudiziari può essere votato: l'analogia di altre norme giuridiche consente anche questa norma di diritto; e poichè lo può, essa *lo deve*. Così richiede ed esige, anzi il dovere giuridico di assistenza sociale, inerente al concetto ed alla funzione stessa dello Stato moderno, già consacrato nel nostro diritto pubblico positivo vigente. E non si creda già che noi rientriamo così nell'idea pura e semplice della riparazione accordata a titolo di grazia. Si tratta qui, già lo dicemmo, di un principio di diritto pubblico accolto nella nostra vigente legislazione che si tratta solo di logicamente estendere proiettare anche sul campo della riparazione alle vittime degli errori giudiziari. Per esso, fra Stato e cittadino, un vero e proprio

rapporto giuridico di diritto pubblico si istituisce, di tal che, di fronte all'obbligo giuridico dello Stato, a lui inerente come sovrano, di soccorrere le vittime degli errori giudiziari contro i danni da essi prodotti, sta il *diritto pubblico soggettivo* del cittadino alla prestazione della pubblica assistenza e del pubblico soccorso, a lui inerente come tale, *uti civis*, come membro appartenente dello Stato.

Fondamento di questo rapporto giuridico pubblico di assistenza non è già la *liberalità*, ma l'*interesse* stesso dello Stato, non è già la *beneficenza*, ma la *giustizia*: cioè le condizioni fondamentali ed indispensabili della vita in comune, che non richiedono solo una limitazione di libertà del singolo per la coesistenza degli individui e l'esistenza della collettività organizzata, non richiedono solo l'attuazione del principio di retribuzione per l'efficace mantenimento della cooperazione sociale, ma richiedono altresì una *solidarietà* ed *integrazione reciproca*, indipendente da qualsiasi concetto di scambio e da qualsiasi reciprocità contrattuale; solidarietà ed integrazione che sono il più alto grado cui la cooperazione sociale si elevi. Questa distinzione fra *beneficenza* e *giustizia*, non sembri di poca importanza. Senza quella, è ancora possibile la convivenza umana ed anche, per quanto in grado assai debole, la cooperazione;

R. UNIVERSITÀ DI PADOVA

ma senza la giustizia tutto ciò è assolutamente impossibile. Ora il diritto può ben disinteressarsi delle esigenze proprie della *beneficenza*, lasciandone il còmpito ad altre forze regolatrici dell' umana condotta, ma non potrà mai dispensarsi dal garantire le condizioni *indispensabili* della coesistenza e cooperazione sociale; fra le quali la pubblica assistenza, prestata indipendentemente da qualsiasi controprestazione, a coloro che versano, senza loro colpa, in certi stati di necessità trova appunto necessariamente il suo posto. Qui non è più beneficenza, è giustizia: o meglio è la stessa beneficenza che si eleva al grado di giustizia nella sua più alta forma della solidarietà sociale e civile.

E non ripugni di assimilare i danni derivanti dagli errori giudiziari, che sono il prodotto dell' opera umana, con quelli che derivano dalle forze naturali, e le vittime degli errori giudiziari con le vittime delle calamità e della sventura. Già il sommo *Puffendorff*, a nessuno secondo dei filosofi del suo tempo per acutezza di ingegno, appunto a proposito degli innocenti che soffrono in occasione di un delitto altrui, non si peritava di affermare: « È un danno, non v'ha dubbio, di esser ridotto alla mendicità a motivo della confiscazione dei beni che si viene a soffrire per un qualche delitto da altri commesso; ma quanti uomini vi hanno al mondo

che nascendo nessun patrimonio ritrovano? Quanti che tutto quello che possedevano perdono per un incendio, per un naufragio, per una guerra » ? E invero, quando lo Stato, nell'esercizio della sua funzione sovrana di amministrare la giustizia penale, incorre, senza colpa del magistrato, in un errore giudiziario, e ingiustamente perseguita o condanna un innocente, questo danno, benchè sia il prodotto dell'opera umana, è il risultato di un *caso fortuito*, è un vero e proprio *damnum fatale* che nessuno, magistrato, cittadino, Stato avrebbe mai potuto evitare. Non il magistrato, cui solo è possibile rimproverare l'imperfezione e la fallibilità dell'umana natura quanto ai mezzi di cognizione della realtà. Non il cittadino, che il dovere di obbedienza politica e il vincolo necessario della sudditanza chiamò a sopportare, senza possibilità di sottrarvisi, l'ingiusta persecuzione e condanna. Non lo Stato, infine, che agì costretto e quasi necessitato dal fine di allontanare dalla persona dei cittadini il pericolo diretto e immediato di criminali aggressioni dei loro diritti; fine che è essenziale alla vita dello Stato come l'istinto di conservazione è essenziale alla vita degli individui.

Giunti a questo punto, altro non ci resta se non trarre brevemente le pratiche conseguenze

del principio da noi posto innanzi come fondamento giuridico dell'obbligo dello Stato alla riparazione degli errori giudiziari, e mostrare così come e quanto esso influisca sulla pratica regolamentazione legislativa dell'istituto e come diverse siano quelle conseguenze da quelle cui necessariamente si perverrebbe accettando le contrarie opinioni.

A) Prendiamo anzitutto l'opinione secondo la quale l'obbligo dello Stato alla riparazione sarebbe un vero e proprio obbligo giuridico di diritto privato al risarcimento, fondato o sul quasi contratto, o sulla colpa aquiliana, o sul rischio professionale. Data questa opinione, ecco le principali conseguenze pratiche che nella legge nuova, forse, non si accetterebbero tutte, ma da essa scaturiscono con una logica inflessibile per il presente e per l'avvenire.

1) La riparazione deve essere determinata dal danno cagionato, o in altri termini, il risarcimento dei danni interessi deve compensare interamente tutto il danno, quando anche lo stato di fortuna del condannato gli permetta di sopportarlo facilmente. Un debito esiste per se medesimo, abbia o non abbia il creditore bisogno del suo danaro. Questo danno da risarcirsi può essere materiale o anche morale, se si crede che nel nostro diritto anche i danni morali siano risarcibili. Esso deve essere anzi-

tutto dimostrato e l'*onus probandi* spetta alla vittima che si fa attore nel giudizio civile.

2) La riparazione deve, inoltre, essere data, fin dal momento in cui danno sia stato dimostrato; non soltanto, quindi, se una condanna definitiva sia stata in seguito annullata dopo un giudizio di revisione, ma altresì quando la procedura, sia pure senza detenzione preventiva, approdi ad un'ordinanza di non luogo o ad un proscioglimento definitivo. Perchè, se nei due ultimi casi (ordinanza di non luogo e sentenza di proscioglimento) il danno può esser minore, si tratta sempre di una differenza di quantità che non cambia in niente l'essenza del diritto.

3. L'allocazione dei danni-interessi e la fissazione della somma alla quale essi devono elevarsi, rientrano, naturalmente, nelle attribuzioni giudiziarie civili; perchè si tratta di una questione contenziosa, di un vero processo, di un debito da riconoscersi e liquidarsi.

B) Prendiamo invece l'opinione secondo la quale la riparazione alle vittime degli errori giudiziari si concepisce come un atto di grazia, come una benigna, clemente ed equa, facoltà dello Stato. Ecco, a un dipresso, le principali conseguenze pratiche che ne derivano.

1.) La riparazione, come la grazia, deve essere richiesta con una speciale *domanda* o *supplica* dell' interessato e diretta al Re, come

capo del potere esecutivo, e presentata al Ministro di Grazia e Giustizia, come avviene per la grazia, o diretta al Ministro di grazia e giustizia e presentata agli ufficiali del P. M. che rappresentano il potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria. Questa domanda o supplica dovrebbe essere sottoscritta, come quella di grazia, dall'interessato o da un avvocato o procuratore esercente.

2°) La concessione della riparazione si dovrebbe fare con *decreto*, o del Re o del Ministro di Grazia e Giustizia: essa sarebbe completamente rilasciata alla discrezione del potere esecutivo, che potrebbe quindi sempre, a suo libito, rifiutarla.

3°) La riparazione si concederebbe in casi eccezionalissimi, proprio nei casi in cui l' errore giudiziario avesse arrecato una *summa injuria*, cioè danni rilevantissimi di ordine materiale e morale, e tali da indicare quei casi alla clemenza sovrana del potere amministrativo, come manifesti casi di pietà, e in tali casi pure rimarrebbe ad essa un carattere pienamente facoltativo e grazioso.

4°) Il decreto del Re o del Ministro come organi del potere esecutivo sarebbe giudizialmente irrevocabile e sfuggirebbe a qualsiasi ricorso di natura contenziosa.

Ognun vede, nè v' è bisogno che io mi fermi

a dimostrarlo, quanto gravi, eccessive e praticamente viziose, in un senso o nell'altro, siano le conseguenze dei due sistemi sopra indicati; ed è questa, a noi pare, la più bella riprova, perchè attinta alla fonte stessa viva dei fatti, della inesattezza teorica di questo sistema. Adottando, invece, la nostra opinione che fa della riparazione un obbligo giuridico pubblico di assistenza da parte dello Stato, con corrispettivo diritto subiettivo civico del cittadino alla sovvenzione, ecco le conseguenze principali che praticamente ne risultano.

1°) La riparazione non concerne necessariamente tutto il danno cagionato; così si potrà nella allocazione pecuniaria, trascurare il danno morale e considerare, in presenza del danno materiale, la condizione economica e i bisogni della vittima. Il legislatore crea, infatti, bensì un obbligo per lo Stato e un diritto pel cittadino, ma il contenuto dell'uno e dell'altro essendo la pubblica sovvenzione, questa può essere giuridicamente ristretta nei limiti che si crede opportuno.

2°) Lo stesso può dirsi per il caso in cui la riparazione è concessa. Senza dubbio l'assistenza può estendersi anche a quelli che non hanno subito altro che una detenzione preventiva e sono stati in seguito rilasciati, ma essa può altresì, senza venir meno ai principi, essere

riservata ai più grandi infortuni, agli errori giudiziari propriamente detti, formalmente dichiarati dopo un processo di revisione.

3°) Infine l' autorità giudiziaria non è più competente a concedere l' indennità; o se lo è, lo è in forza, non già della sua giurisdizione, ma di speciali attribuzioni amministrative ad essa deferite. In ogni modo il diritto del cittadino non si fa valere con una vera e propria *azione giudiziaria*, ma con una semplice *domanda o ricorso*. Pur conseguente ai principi ed alla teoria è il sistema adottato dalla legge austriaca del 1892 che autorizza il cittadino a rivolgere domanda al Tribunale, che ha resa la sentenza di condanna annullata nel giudizio di revisione, perchè istruisca l' affare, e fa obbligo al Ministro di statuire sulla domanda, concedendo poi al reclamante il diritto di agire, contro le decisioni del Ministro, dinanzi al Tribunale dell' Impero.

Ecco, o signori, i principi e le pratiche applicazioni che da essi scaturiscono. Su di essi io non vi tratterrò più a lungo. Permettete solo che io sciolga un voto, prima di prendere commiato da voi: un voto che è anche un augurio. L' Italia, che fu maestra a tutti nel progresso delle istituzioni liberali e civili; l' Italia che, come sensitiva, sentì prima di ogni altra na-

zione, il soffio vivo e fecondo delle libertà costituzionali, di cui gli istituti giuridici penali specialmente si alimentano; l' Italia, che già da secoli potette essere salutata dagli stranieri la patria del diritto criminale; non sia questa volta da meno di se, nell' attuazione di una riforma, che le legislazioni delle moderne e più civili nazioni furono gia sollecite ad accogliere nel loro seno, che i legislatori stessi italiani del secolo XVIII additarono primi all' Europa attonita dei loro progressi, e che infine lo spirito di solidarietà umana e sociale, oggi, urgentemente ed imperiosamente reclama.

ANNOTAZIONE

Data l' indole del discorso, non ci è stato possibile di indicare, lungo il corso del lavoro, le opere consultate. Per supplire, almeno in parte, a questa lacuna, diamo qui un breve specchio delle fonti bibliografiche dell'argomento:

GEYER, *Die Entschädigung freigesprochener Angeklagten* in *Nord und Sud* vol. XVIII (1881) Heft. 53 pag. 167 e s.; — *Id.*, nel *Gerichtssaal* vol. XXXIV (1882) pag. 321, 342 (*Noch einige Bemerkungen über die Entschädigung für unschüldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft*); — *Id.* nei *Kleinere Schriften* München 1889 pag. 472, 496, 533; — IACOBI, *Wahreits ermittelung im Strafverfahren und Entschädigung unschuldig Verfolgter* (1883); — KRONECKER, *Die Entschädigung unschuldig Varulteilter*, 1883; II, 223; — BEROLZHEIMER, *Die Entschädigung unschuldig Verulteilter* Fürth 1891; X, 306; — SCHWARZE, *Die Entschädigung fur unschuldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft* nel *Gerichtssaal* Band XXXIV (1882) pag. 100-145; — BERNARD *De la réparation des erreurs judiciaires* nella *Revue Critique de législation et jurisprudence* XX anno (1870) tome XXXVII pag. 360 a 415; 481 a 523; — NICOLAS, *Des reparations aux victimes des erreurs judiciaires* nella *Rèvue Critique de législation et jurisprudence* anno XXXVII (1888) Nouv. Série tome XVII pag. 548 à 556; — PASCAUD, *De l' indémnites à alloner aux individus indûment condamnés ou pourvuisis en matiere criminelle correctionnelle ou de police* nella *Rèvue Critique* cit, anno XXXVII (1888) tome XVIII pag. 597, 637; - DE KRZYMUSKY, *Loi autrichienne du 16 Mars 1892 concernant les indémmites à accorder aux personnes injustement condamnes* nella *Rèvue Pénitentiaire* vol. XXIII (1894) pag. 896 e s; — DE-VENCE C., *Des indemnités à accorder aux victimes des erreurs*

judiciaires nella *Révue Pénitentiaire* tome XVIII pag. 324; — WORMS, *De l' Etat aux regard des erreurs judiciaires* Paris 1884; BERLET, *De la réparation des erreurs judiciaires* Paris 1807: — LE POITTEVIN, nella *Révue Penitentiaire* 1875 pag 907 a 972 — 1239 a 1242; — GAROFALO, *Se e quali provvedimenti siano da suggerirsi... per indennizzare le vittime degli errori giudiziari* Relazione al III° *Congresso Giuridico Nazionale* di Firenze, Firenze, Niccolai, 1891; — GREGORACI, *Della riparazione degli errori giudiziari* nella *Giurisprudenza Italiana*, 1891, col. 167 e s. (Estratto, Torino, Un. Tip. Ed., 1891); FARINELLI, *Indennità agli innocenti perseguitati e condannati in giudizio* nel *Repertorio di giurisprudenza patria di Bellinzona* vol. XV fasc. 1° e anche Appendice vol. XV, fasc. V; — CHICHERIO, *Sull' indennità dovuta alle vittime di errori giudiziari* nel *Repertorio di Giur. Patria di Bellinzona* vol. XVI pag. 673 a 692 — Vedansi anche le discussioni alla *Societe des Prisons* nella *Révue Penitentiaire* 1896 pag. 9 e seg. e le discussioni tenute al 16° ed al 22°. Congresso giuridico tedesco (per il primo: *Verhandlungen* d. 16 D. Iur. T. Bd. II pag. 240, 345: per il secondo, *Verhandlungen* d. 22 D. Iur. T. Bd. I pag. 529).

4720

R. UNIVERSITÀ di PADOVA
ISTITUTO
— DI —
DIRITTO PUBBLICO